



**La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:**

Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal

**AUTOR:**

Br. Geraldine Dayana Tolentino Lázaro

**ASESOR:**

Mg. Santiago Aquiles Gallarday Morales

**SECCIÓN:**

Derecho

**LÍNEA DE INVESTIGACIÓN:**

Constitucional

**PERÚ - 2018**

---

Dr. Joaquin Vertiz Osoreo  
Presidente

---

Mg. Roberto Bellido García  
Secretario

---

Mg. Santiago Aquiles Gallarday Morales  
Vocal

**Dedicatoria**

A Dios Todopoderoso por permitirme seguir cumpliendo mis metas, a mi madre Alejandrina que con su amor incondicional hizo posible que mis sueños se concreten y por ser el motor que me impulsó día a día para culminar mi deseada Maestría.

**Agradecimiento**

Mi mayor agradecimiento:

Al Magister Santiago Aquiles Gallarday Morales, por haberme brindado la orientación y pautas necesarias en el presente trabajo, a él mi sincero reconocimiento a su ayuda y paciencia.

A todas las autoridades de la Escuela de Derecho, por su comprensión y predisposición a darnos las facilidades del caso para la realización de la presente tesis.

### **Declaratoria de Autenticidad**

Yo, Geraldine Dayana Tolentino Lázaro, con DNI N° 46076398, a efectos de cumplir con las disposiciones vigentes consideradas en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad Cesar Vallejo, Facultad de Derecho, Escuela Académico Profesional de Derecho, declaro bajo juramento que toda documentación que acompaño es veraz y autentica.

Asimismo, declaro también bajo juramento que todos los datos e información que se presenta en la presente tesis son auténticos y veraces.

En tal sentido asumo la responsabilidad que corresponda ante cualquier falsedad, ocultamiento u omisión tanto de los documentos como de información aportada por lo cual me someto a lo dispuesto en las normas académicas de la Universidad César Vallejo.

Lima, 21 de Marzo del 2018.

Geraldine Dayana Tolentino Lázaro

## **Presentación**

Tengo el honor de dirigirme a ustedes señores miembros del jurado de grados y títulos de la Universidad César Vallejo, de la facultad de derecho, a fin de hacerle llegar la presentación de este trabajo de investigación cuyo título central es la inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del Principio de Proporcionalidad, en el distrito Fiscal del Callao 2017, a efectos de obtener el título profesional de magister, la misma que es una muestra del enorme esfuerzo y dedicación durante el transcurso del tiempo hasta la culminación exitosa de esta valiosa investigación, que estamos seguros será un aporte importante a lo ya regulado por nuestro Ordenamiento Jurídico para el desarrollo de la despenalización del aborto sentimental y eugenésico por considerarse que su penalización es inconstitucional que se pone a vuestra consideración tiene como propósito el análisis constitucional en aplicación de juicio o test de idoneidad y del juicio de necesidad respecto a la norma penal cuestionada (artículo 120 inc. 1 y 2 del Código Penal )con respecto a la finalidad legítima que busca alcanzar con ello, así como también la aplicación del juicio test de ponderación entre el derecho a la vida del concebido y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer ello con la finalidad de lograr la despenalización de la figura jurídica del aborto sentimental y el aborto eugenésico cuando la vida del feto resulta inviable en la vida extrauterina, ambos supuestos regulados en el artículo 120° inciso 1 y 2 del código penal por vulnerar derechos fundamentales de la mujer(derecho a decir ser madre o no, derecho a la salud física y mental, derecho a la dignidad) en la circunstancias precitadas, para ello se estudiará la legislación actual, la doctrina, jurisprudencia, la postura de la iglesia católica respecto al aborto y la legislación comparada.

La presente tesis se encuentra delimitado en tres capítulos, desarrollados de la siguiente forma, en el capítulo i titulado “problema de investigación”, presenta la descripción del tema, la formulación de los problemas, los objetivos que se busca, la justificación del trabajo y el marco teórico que realiza una descripción y análisis de las cuestiones doctrinarias involucradas al problema propuesto; capítulo ii titulado “marco metodológico”, presenta las hipótesis y

operacionalización de las variables así como la metodología que plantea el paradigma, diseño, tipología entre otros y por último, en el capítulo iii titulado “interpretación y resultados” en el que se precisa las técnicas de análisis de campo que se desarrollas, como fuente documental, marco normativo, comparado, análisis de encuestas.

Por último, cabe precisar, que para ello nos centraremos en la Provincia Constitucional del Callao, cuyo año a tomar como referencia será el año 2017, todo con el objetivo de sustentar el Análisis Constitucionalidad de Proporcionalidad de la intervención del derecho penal en la conducta prohibitiva (artículo 120° inciso 1 y 2), y determinar si tanto la tipificación de la conducta prohibitiva así como el tipo y cuantía de la sanción empleada por el legislador son medios adecuados y necesarios para la protección del derecho constitucional a la vida del concebido y a su vez éste bien justifique el grado de lesión del derecho al libre desarrollo de su personalidad (libertad de decisión, derecho a la salud física y mental, dignidad).

## Índice de Contenidos

	<b>Pág.</b>
Página del jurado	ii
Dedicatoria	iii
Agradecimiento	iv
Declaratoria de autoría	v
Presentación	vi
Índice	viii
Índice de tablas	x
Índice de figuras	xii
Resumen	xiii
Abstract	xv
<b>I. Introducción</b>	<b>17</b>
1.1. Realidad problemática	18
1.2. Trabajos previos	22
1.3. Teorías relacionadas al tema	28
1.4. Formulación del problema	92
1.5. Justificación del estudio	92
1.6. Hipótesis	96
1.7 Objetivos	97
<b>II. Marco metodológico</b>	<b>98</b>
2.1. Diseño	99
2.2. Variables y operacionalización	101
2.3. Población, muestra y muestreo	102



2.4. Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad	103
2.5. Métodos de análisis de datos	105
2.6. Aspectos éticos	107
<b>III. Resultados</b>	108
<b>IV. Discusión</b>	116
<b>V. Conclusiones</b>	131
<b>VI. Recomendaciones</b>	138
<b>VII. Referencias</b>	140
<b>Anexos</b>	144
Anexo 1: Matriz de Consistencia	145
Anexo 2: Encuesta	147
Anexo 3: Análisis de marco normativo Internacional sobre la Aplicación del Principio de Proporcionalidad	149
Anexo 4: Validación	151
Anexo 5: Análisis de confiabilidad	157
Anexo 6: Base datos prueba piloto	165
Anexo 7: Gráficos de las preguntas	166
Anexo 8: Base datos	170
Anexo 9: Artículo Científico	175

## Índice de tablas

	<b>Pág.</b>
Tabla 1      Derecho a la vida vs. Derecho al libre desarrollo de personalidad.	31
Tabla 2      Aborto y su regulación jurídica en el código Penal Peruano.	33
Tabla 3      Posturas a favor y en contra de la Penalización del Aborto Sentimental (Análisis de Fuente Documental)	41
Tabla 4      El Aborto sentimental y su regulación Jurídica en el Derecho Comparado.	51
Tabla 5      Análisis jurisprudencial Constitucional sobre el Delito de Aborto “Sentimental y Eugenésico” en el Derecho Comparado.	55
Tabla 6      Análisis de marco normativo Internacional que amparan la despenalización del Aborto “Sentimental y Eugenésico” en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.	58
Tabla 7      Análisis de la Normatividad y de la Jurisprudencia comparada respecto a la regulación de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad.	66
Tabla 8      Evolución Histórica Del Aborto Sentimental y Eugenésico en el Perú.	90
Tabla 9      Tipo de Investigación	99
Tabla 10     Matriz de operacionalización de la variable Inteligencia de negocios en la toma de decisiones del proceso de ventas.	101
Tabla 11     Sujetos de estudio y características.	102
Tabla 12     Técnicas de investigación.	103
Tabla 13     Validez del instrumento, según expertos.	104

Tabla 14	Estadísticas de fiabilidad de la prueba piloto.	105
Tabla 15	Distribución de frecuencias y porcentajes de la penalización del aborto sentimental y eugenésico según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.	106
Tabla 16	Distribución de frecuencias y porcentajes del test de idoneidad o adecuación según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.	110
Tabla 17	Distribución de frecuencias y porcentajes del test de necesidad según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.	112
Tabla 18	Distribución de frecuencias y porcentajes del test de ponderación según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.	113

## Índice de figuras

	<b>Pág.</b>
Figura 1 Esquema de la actual tipificación del aborto sentimental.	37
Figura 2 Tipicidad Objetiva del aborto eugenésico.	44
Figura 3 Malformación de tipo físico.	46
Figura 4 Malformación estética.	47
Figura 5 Malformación cardiaca o de salud.	48
Figura 6 Sub principios del Principio de Proporcionalidad.	65
Figura 7 Distribución porcentual de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.	109
Figura 8 Distribución porcentual de los abogados especialistas en Derecho Penal según su percepción sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad.	111
Figura 9 Distribución porcentual de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del principio de proporcionalidad.	112
Figura 10 Distribución porcentual de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.	114

## Resumen

La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad, en el distrito Fiscal del Callao, 2017 es una tesis que se encuentra dirigida y encaminada a lograr un aporte académico a través de un análisis constitucional de las figuras jurídicas atenuadas del aborto: aborto sentimental y el aborto eugenésico y en base a ello se planteó como objetivo general, determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico es inconstitucional en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer y con ello lograr a posterior su despenalización.

En algunos países se ha obtenido un avance jurídico y social respecto a este tema, optando en la mayoría de dichos países por despenalizar el aborto de manera total o parcial y logrando con ello que de alguna forma las sociedades cambien su manera de pensar y actuar, aceptando el aborto como un derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, permitiéndose así el aborto terapéutico, eugenésico, sentimental tratando de que sea lo más seguro posible, otorgando a la mujer la posibilidad de recurrir a un hospital bajo estándares médicos adecuados.

Se utilizó el método cuantitativo-descriptivo, con un diseño no experimental transversal; siendo que la población está constituida por 20 abogados especialistas de derecho penal de la Fiscalías Provinciales Corporativas del Callao, y la muestra fue censal dado que estuvo conformada por 20 abogados especialistas en Derecho Penal.

Para lograr la validez y confiabilidad de las hipótesis se ha trabajado con herramientas metodológicas y técnicas de investigación confiables, tales como fuente documental, encuestas a personas conocedoras del derecho penal – constitucional, culminando con el marco normativo y marco normativo comparado.

En ese sentido, la presente tesis tiene como finalidad lograr la despenalización del aborto sentimental (aborto a consecuencia de una violación sexual) y del aborto eugenésico (aborto en caso de graves malformaciones

congénitas físicas y psíquicas que hacen inviable la vida extrauterina) por no superar el test de proporcionalidad en sentido estricto declarándose previamente su inconstitucionalidad ante el conflicto de derechos (derecho a la vida prenatal vs. derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) buscando con ello, que el estado reivindique a las mujeres su derecho fundamental a decidir, así como su derecho a una maternidad libre y consciente de acuerdo a su proyecto de vida, ser madres o no en las circunstancias anotadas; debiendo precisar que dicha capacidad de decidir es nula dado que, aún con penalidades simbólicas, el aborto en estos supuestos es accionar prohibido por la ley que modifica la situación jurídica de las mujeres en delincuentes. Ahora bien, esta libertad de decisión puede representar que la madre opte por proseguir o no con la gestación pese a la clara vulneración de sus derechos fundamentales, decisión que debe ser respetada por nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano, quien en su rol propio de un Estado Democrático de Derecho deberá desarrollar y poner a disposición todos los recursos necesarios para ello; Siendo que la libertad de decisión dentro de un contexto de despenalización, puede obtener que la conducta deje de ser típica, antijurídica y culpable para la mujer que consciente su práctica o para el médico que a petición de ésta lo realice, por lo que en ese sentido podemos decir que al buscar la despenalización del aborto sentimental como eugenésico no implica una imposición a las mujeres a abortar sino por el contrario, dejar que la madre decida sobre la continuación o no de su embarazo en dichas circunstancias.

**Palabras clave:** Aborto ético o sentimental, aborto eugenésico, Inconstitucionalidad, principio de proporcionalidad, idoneidad, necesidad, ponderación.

## **Abstract**

The unconstitutionality of the criminalization of sentimental and eugenic abortion in the framework of the principle of proportionality, in callao 2017, is a thesis that is directed and aimed at achieving an academic contribution through a constitutional analysis of the attenuated juridical figures of abortion : sentimental abortion and eugenic abortion and based on this, it was proposed as a general objective, to determine if the criminalization of sentimental and eugenic abortion is unconstitutional and thus achieve its decriminalization.

In some countries there has been a legal and social advance on this issue, opting in most of these countries to decriminalize abortion in whole or in part and thereby achieve that in some way societies change their way of thinking and acting, accepting abortion as a woman's right to decide on her motherhood, thus allowing therapeutic, eugenic, sentimental abortion trying to make it as safe as possible, giving women the possibility of resorting to a hospital under appropriate medical standards.

In order to achieve the validity and reliability of the hypotheses, methodological tools and reliable research techniques have been used, such as documentary sources, interviews with specialized people, surveys of people familiar with criminal law - constitutional, culminating with the regulatory framework and normative framework compared

In this sense, this thesis aims to achieve the decriminalization of abortion for not passing the test of proportionality declaring previously unconstitutional before the conflict of rights (right to prenatal life vs. right to the free development of the personality of women) seeking, that the state vindicate women their fundamental right to decide, as well as their right to a free and conscious motherhood according to their life project, to be mothers or not in the circumstances noted; must specify that this ability to decide is null since, even with symbolic penalties, abortion in these cases is action prohibited by law that modifies the legal status of women in criminals. However, this freedom of decision may mean that the mother continues with pregnancy despite the violation of their own rights or not, a decision that will have to be respected by our Peruvian State

that must deploy the necessary resources to do so. But the ability to decide can, in a decriminalization scenario, obtain that the behavior ceases to be typical, unlawful and culpable for the woman who knows her practice or for the doctor who, at her request, carries it out, so in that sense we can say that in seeking the decriminalization of sentimental abortion as eugenic, it does not imply an imposition on women to abort but on the contrary, let the mother decide on the continuation or not of her pregnancy in these circumstances.

**Keywords:** ethical or sentimental abortion, eugenic abortion, decriminalization, principle of proportionality, suitability, necessity, weighting.



## **I. Introducción**

### **1.1. Realidad Problemática**

En nuestro Ordenamiento Jurídico Penal Peruano, la interrupción voluntaria del embarazo aún está prohibida salvo en el caso del aborto Terapéutico regulado en el artículo 119° del Código Penal cuando está en peligro la vida de la madre, siendo ello una excepción a la regla general penalizadora, en la que el Estado, por un lado, restringe la capacidad de elección de las mujeres víctimas de violación sexual y cuando estas saben que el feto presenta grave malformaciones físicas y psíquicas, por otro lado, con esta prohibición el personal médico se abstiene a brindar un servicio médico adecuado ante estos casos, por lo que obliga a las mujeres a someterse a prácticas abortivas en escasas condiciones de salubridad que muchas veces la pueden conllevar a la muerte ello a consecuencia de una absurda protección absolutista del derecho a la vida del concebido por encima del derecho a la libre determinación de la mujer.

En ese sentido, podemos decir Derecho Penal es usado como una herramienta estatal para brindar dicha protección absoluta a la vida prenatal; siendo que para que esa medida sea constitucionalmente adecuada o idónea, debe no solo ser adecuada, sino también necesaria y proporcional a los bienes jurídicos que afecta siendo en este caso la libertad de decidir de la mujer gestante.

Esta justificación debe ser analizada, a través de la aplicación del Principio de Proporcionalidad, ello con la finalidad de determinar si la intervención penal a través de la Penalización del aborto en casos de embarazos a consecuencia de violación sexual y en caso de que el producto presente graves malformaciones físicas y psíquicas que sea inviable extrauterinamente, establecida dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal como una conducta punitiva que vendría conjuntamente con una sanción penal, sería o no legítima desde un punto de vista constitucional.

En esa misma línea, podemos decir que el análisis de proporcionalidad de la intervención penal en los derechos fundamentales intervenidos se divide en dos fases por un lado se analiza la tipificación de la conducta prohibitiva en relación a la pena impuesta para ello, ello con la finalidad de establecer si el tipo y la cuantía

establecido por el Legislador fueron los medios adecuados y necesarios para la protección del bien jurídico constitucional como en el presente caso materia de investigación se trata del derecho a la vida del concebido), por otro lado, se busca determinar si el bien jurídico que se está protegiendo, reviste tal importancia frente a la afectación de otro derecho fundamental (libre desarrollo de la personalidad de la mujer), para lo cual se estaría aplicando la ponderación en sentido estricto.

Que en atención a la aplicación del principio de proporcionalidad en la tipificación del aborto sentimental y el aborto eugenésico, consideramos que la tipificación del mismo en el artículo 120 inciso 1 y 2 del Código Penal (analizándola como norma: conducta) vendría a ser una medida idónea para proteger la vida del feto, dado que existe una relación causal adecuada entre ésta y la protección de la vida del concebido, por otro lado, somos de la opinión que dicha penalización es una medida necesaria, dado que para la protección del derecho a la vida del concebido no existe otro mecanismo alternativo ya sea penal o extrapenal igual de idónea y que a su vez intervenga en menor incidencia el derecho a la libertad de decisión de la mujer gestante; para finalizar con respecto al análisis de ponderación en sentido estricto que la protección del derecho a la vida del concebido (bien jurídico constitucional) protegido mediante la intervención penal en el derecho a decidir de la mujer gestante, por lo que en ese sentido y según la Doctrina mayoritaria, el derecho a la vida del concebido no es un fin absoluto, sino relativo, el cual es susceptible al igual que los demás derechos fundamentales a ceder según las circunstancias fácticas en que se desarrolló así como también se debe observar que otros bienes jurídicos constitucionales podrían verse afectados en relación a dichas circunstancias fácticas. En consecuencia la prohibición penal del aborto en los casos que el producto de la concepción sea fruto de una violación sexual o en todo caso presente graves taras físicas y psíquicas que hagan inviable su vida extrauterina afectaría no solo a la libertad de decisión de la mujer a decidir ser madre o no, capacidad que se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de su personalidad y el Principio de autonomía personal así como también se estaría vulnerando el derecho fundamental a su salud física y mental así como su derecho a no ser sometida a

tratos crueles e inhumanos, dado que tal como se encuentra tipificado este tipo de abortos dan una idea que a la mujer se le considera como instrumentos receptores de una vida prenatal, es decir no es un fin en sí mismas sino solo son un medio, lo cual atenta a su derecho a la dignidad como sujetos de derechos.

Por otro lado, (al realizar un análisis de norma: sanción) respecto con el tipo y cuantía de sanción prevista en el tipo penal de aborto de un embarazo producto de violación sexual o cuando el feto presenta graves malformaciones físicas y psíquicas que hacen inviable su vida extrauterina, por su carácter de pena mínima (menos de cuatro años de pena privativa de la libertad), en razón a ello la ejecución de dicha pena podría devenir en una pena suspendida no existiendo la posibilidad de una pena efectiva; en ese sentido la imposición de esta pena ínfima representa la inidoneidad de la intervención penal, puesto que en la práctica dicha penalización no logra el objetivo desincentivador que toda pena precisa según el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, por lo que nos arriesgamos a adoptar la posición de la Doctrina mayoritaria al señalar que en estos casos nos encontramos frente a penas simbólicas que no poseen eficacia preventiva ello en atención a la acreciente tasa de abortos clandestinos. Además de lo anteriormente expuesto, es menester señalar que con respecto a la penalización de estos tipos penales también nace una creciente preocupación respecto a la distinción discriminatoria entre las penas aplicables según si la violación se produjo fuera o dentro de un matrimonio, lo que es fuente adicional de invalidez constitucional.

Por otro lado, en atención a la aplicación del principio de proporcionalidad en la tipificación de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se ha determinado médicamente que la vida prenatal es incompatible con la vida extrauterina por malformaciones letales, decimos que la tipificación de esta conducta prohibitiva es un medio adecuado y necesario para proteger la vida del concebido; sin embargo al momento de realizar un análisis jurídico en aplicación de un examen de ponderación de los viene jurídicos constitucionales en juego, la balanza muestra su inclinación hacia la protección de los derechos fundamentales de las mujeres, dado las circunstancias especiales que rodean a la realización de los dos tipos de aborto materia a de análisis, dado que resulta absurdo pretender

proteger la vida del concebido cuando se llega a determinar mediante un informe médico que la vida del feto es inviable, motivo por el cual resultaría razonable proteger el derecho a la libertad de decisión de la mujer, precisando que aunado a ello también se encontraría en juego en este supuesto el derecho a la salud física y mental de la mujer, así como su derecho a la dignidad que toda persona goza desde su nacimiento, puesto que de continuar con la prohibición penal que se analiza, a la mujer se la estaría instrumentalizando en pro de la protección del concebido.

En relación con la sanción prevista para este supuesto, al igual que en el caso de la violación sexual, tenemos que no resulta ser un medio adecuado para lograr la protección buscada.

Por lo tanto, en ambos tipos penales, el del aborto en casos de violación sexual y en casos de graves malformaciones congénitas físicas y psíquicas, consideramos que ni la norma de conducta tipificada ni la sanción prevista superan el juicio de ponderación en sentido estricto por lo que ambos dispositivos deben ser declarados inconstitucionales.

En ese sentido, con la declaración de inconstitucionalidad de estos tipos penales en miras de la despenalización del aborto sentimental y eugenésico se busca que el Estado reivindique los derechos fundamentales de las mujeres, en especial su derecho a decidir a ser madres o no, en atención a su proyecto de vida, dado que dicha capacidad de decisión en la actualidad se ve limitada, por la penalización de ambos tipos de abortos, siendo que por más que este sancionado penas simbólicas, esta conducta al estar tipificada, está proscrita convirtiendo a las mujeres en delincuentes, ahora bien, la capacidad de decisión de la mujer implica que si bien ésta puede optar por continuar con su embarazo, el cual debe ser respetada y respaldada por el Estado Peruano, quien debe desplegar las medidas idóneas para ello, caso contrario dentro de un ambiente de despenalización si la mujer decide abortar, tal decisión debe ser de igual manera respetada y respaldada por el Estado quien debe implementar los recursos necesarios para llevarlo a cabo dentro de un ambiente adecuado de salubridad, asumiendo el Estado su rol protector de los derechos fundamentales.

En consecuencia, la presente tesis tiene como finalidad lograr que se declare la inconstitucionalidad del aborto sentimental y el aborto eugenésico por no superar el Test de Proporcionalidad ante el Conflicto de derechos (derecho a la vida prenatal VS. Derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) buscando que el Estado reivindique los derechos fundamentales de las mujeres especialmente su derecho a decidir sobre su maternidad dada las especiales circunstancias que bordean estos dos tipos de aborto, cumpliendo así el Estado su rol garantista de los derechos fundamentales.

En esas mismas líneas recurrimos a citar a Atienza (2010) quien refiere que si bien cierto para una parte de la Sociedad, el aborto es un acto reprochable, inmoral y considerado un mal absoluto, siendo un juicio que proviene de su propia conciencia, pero ello no sería un fundamento justificado para la penalización del aborto en los supuestos antes mencionados; siendo que esta penalización y la correspondiente sanción penal no solo es un mal absoluto, sino una manera de vulnerar su derecho a la dignidad de la mujer

Por ello, es que nosotros desarrollaremos en esta investigación lo que se requiere de manera urgente una revisión de la legislación penal vigente sobre los abortos atenuados del artículo 120° inciso 1 y 2 del Código Penal para adecuarla a los estándares constitucionales, que coinciden con los Tratados Internacionales, aunque la fundamentación realizada puede ser usada también para inaplicar las normas penales en los procesos en que algunas mujeres sean investigadas por no optar por el sacrificio enmascarado de un absurdo heroísmo que el derecho penal vigente requiere de ellas a costa de sus derechos Fundamentales.

## **1.2. Trabajos previos**

Con las indagaciones realizadas al problema de estudio se llegó a constatar la existencia de trabajos de investigación que se relacionan con el tema.

### **1.2.1 Trabajos previos internacionales**

López (2014) en la tesis titulada *despenalización del aborto con ocasión de una violación sexual* -Tesis de diseño descriptiva. Tesis de grado para optar el título

de Magister en ciencias jurídicas y sociales. Campus de Quetzaltenango-Guatemala. Muestra de: 35 Abogados de la especialidad en Derecho Penal en tema de aborto. Siendo que el Instrumento utilizado para la presente investigación fue: La entrevista a profundidad. Su objetivo fue: Analizar la necesidad de despenalizar el aborto sentimental en atención a casos reales que se dan en todos los países, de embarazos no deseados a consecuencia de una violación sexual, generando con ello un alto índice de mortalidad, dado que muchas de estas mujeres habrían optado por practicarse un aborto en lugares clandestinos, con falta de higiene y profesionalismo para el mismo, todo esto por la falta de ayuda y protección judicial a mujeres víctimas de una violación. Conclusión: La Autora precisa el requerimiento en su legislación penal de una norma permisiva para la mujer o niña que ha sido violada y consecuentemente haya quedado en estado de gestación y que la víctima pueda decidir si traer o no al mundo el producto de una violación.

En ese sentido, según la posición de la autora a la nos adherimos siendo que esta problemática del aborto sentimental y eugenésico tanto en nuestra Legislación Peruana como en la Legislación Guatemalteca el aborto de manera general está prohibido y penalizado; sin embargo, la excepción a esta prohibición se encuentra en la permisividad del aborto terapéutico bajo el análisis de primar el derecho a la vida de la madre sobre el derecho a la vida del concebido, sin embargo para el caso de aborto a consecuencia de violación sexual y del aborto en caso de presentar graves malformaciones físicas y psíquicas que hagan incompatible su vida extrauterina, no se toma en cuenta tal análisis, considerando absurdo tal diferenciación deviene en discriminatorio dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico .

Azuara (2015) en la tesis titulada *Violación de los Derechos Humanos de las Mujeres, a partir de la tipificación del aborto como delito antes de las 12 semanas de gestación en la Legislación del Estado de San Luis Potosí*-Tesis de diseño descriptiva- Aplicativa. Muestra: 25 abogados especializados pertenecientes a asociaciones que buscan salvaguardar los derechos de las mujeres. Instrumentos: Cuestionarios. Tesis de grado para optar el título de Maestro en Derechos Humanos. Su objetivo fue: Evitar la violación de los

Derechos Humanos de las Mujeres, mediante la penalización del delito de aborto antes de las 12 semanas de gestación en la legislación del Estado de San Luis Potosí, la cual consiste en una serie de reformas tanto a la Constitución Mexicana, al Código Penal, de Procedimientos Penales y Ley de Salud del Estado que dejen de ubicar al delito de aborto como de los considerados graves, así como la disminución de la pena por la comisión de este ilícito así como aumentar los excluyentes de responsabilidad. Concluyendo: El aborto legal y seguro se fundamenta en los derechos a la vida; la salud, incluida la salud reproductiva; la integridad física; la vida privada; la no discriminación y la autonomía reproductiva de las mujeres; reconocidos tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como en los tratados internacionales en materia de Derechos Humanos, por lo que no en palabras de la Autora no es justo que se siga criminalizando el aborto en ciertas circunstancias pese a encontrarse permitido por la ley, motivo por cual la mayoría de ellas y en contra de su voluntad, se ven obligadas a tener al producto de la violación o simplemente a concebirlo con todos los riesgos que implica para su salud

En ese sentido el Autor respalda el objetivo de la presente tesis de investigación al señalar que en la Ciudad de San Luis de Potosí perteneciente al Estado Mexicano que más allá de buscar garantizar su protección, atropella los Derechos Humanos, en el caso del aborto, llega incluso a criminalizar a las mujeres, generando a su vez que un alto índice de mortalidad materna por no brindar los servicios de salud sexual y reproductiva para garantizar que las mujeres que se encuentren en las causales legales de aborto accedan a tiempo a servicios seguros, gratuitos y de calidad, situación que se asemeja a nuestro Ordenamiento Jurídico cuya Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico, afecta la dignidad de las mujeres como sujetos de derechos, puesto que en la actualidad la mujer se habría convertido en un instrumento de gestación y no en un fin en sí mismo.

Carrión (2016) en la tesis titulada *la despenalización del aborto y los derechos sexuales y reproductivos en la legislación ecuatoriana*. Con una metodología Cuantitativa y Cualitativa apoyada en métodos como: Histórico-Lógico, Inductivo-Deductivo y Analítico-Sintético; además la encuesta y la



entrevista como técnicas e instrumentos investigativos que le permitieron recopilar información de mujeres que se encuentran afectadas por la normativa vigente respecto al aborto y profesionales del derecho conocedores de la norma jurídica, enmarcado en una línea de investigación: retos, perspectivas y perfeccionamiento de las ciencias jurídicas en Ecuador. Teniendo como objetivo reformar el artículo 150° del Código Orgánico Integral Penal que despenalice el aborto cuando el embarazo sea producto de una violación sexual y que probablemente presente problemas de malformaciones físicas y psíquicas genéticas del feto. Concluyendo: que es de vital importancia una reforma al Código Orgánico Integral Penal que despenalice el aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación y problemas de malformaciones genéticas del feto, por lo que se requiere que la Asamblea Nacional legisle sobre el tema y evitar el sufrimiento de muchas mujeres, que no tienen otro camino a recurrir que a los abortos clandestinos

Por ende el Autor adopta la posición que nosotros planteamos en el presente trabajo de investigación que es lograr que en nuestro Ordenamiento Jurídico se despenalice el Aborto sentimental y Eugenésico dado que es inconstitucional por no existir proporcionalidad entre la conducta (aborto) en determinados supuestos antes mencionados y el fin de la pena a imponer, dado que uno de los fundamentos en palabras del Autor está referida a la existencia de la necesidad que para evitar el sufrimiento de muchas mujeres, que no tienen otro camino a recurrir que a los abortos clandestinos, por tal motivo nosotros buscamos la despenalización del aborto sentimental y eugenésico para efectos de modificar el artículo 120° inciso 1 y 2 del Código Penal Peruano.

### **1.2.2 Trabajos previos nacionales**

Basilio (2015) apunta sobre el tema del Aborto sentimental- Tesis de investigación documental - Teórica: *El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano*. Tesis para obtener el título de Magister. Teniendo una metodología cuantitativa – descriptiva, con un instrumento de investigación: Análisis de Fuente Documental. Tiene como objetivo determinar la existencia de un vacío legal en el art. 120 inciso 1 del Código Penal, al no haber considerado dentro de su estructura típica el aborto practicado por la esposa que ha sido víctima de una violación sexual por

parte de su cónyuge Resulta interesante el análisis adoptado por la autora siguiendo la técnica de la igualdad constitucional al señalar que actualmente en la regulación del artículo 120° inciso 1 del Código Penal existe un vacío legal, por lo tanto, requiere de una ampliación normativa agregando el término: *“tanto dentro como fuera del matrimonio”* en la parte inicial del referido artículo, por considerarse un acto discriminatorio al señalar la diferencia entre una mujer casada y soltera y si se decide mantener el aborto “sentimental” en nuestro Código Penal como infracción punible. Concluyendo: que debería realizarse una modificación legal, con el fin de no diferenciar entre el aborto producido por una violación sexual dentro o fuera del matrimonio, debiendo precisar desde nuestro punto de vista esta diferenciación sería una justificación para declarar la inconstitucionalidad de dicha regulación penal.

Rojas (2016) en su tesis titulada *La Despenalización del Aborto Eugénico en casos de Embarazos con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú, 2015*. Tesis con un tipo de investigación cualitativa y de diseño transversal exploratorio y descriptivo. Instrumento de Investigación: Antecedentes Jurídicos, Análisis de Fuente Documental, encuestas y entrevista a profundidad Muestra: Abogados y Jueces de Juzgados Penales de Huánuco. Tesis para obtener el grado académico de doctor en la Universidad de Huánuco. Concluyendo: que el referido trabajo ha demostrado que es necesaria la despenalización del aborto eugenésico en casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida, ya que esta práctica no vulnera los derechos fundamentales de la persona, por el contrario el hecho de mantener este tipo de embarazos puede afectar a la madre en su salud física y psico afectiva, por lo que se hace necesario brindar el respaldo legal para la madre y la práctica médica ante este tipo de embarazos, todo lo expuesto en el contexto de libertad decisión por parte de la gestante.

El referido Autor señala que nuestro Código Penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugénico por lo que habría la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro Código Penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugénico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras

incompatibles con la vida por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal que ahora permiten conocer la situación de salud o enfermedad del feto, evitando el nacimiento de niños con malformaciones; en ese sentido el Autor sostiene que el Derecho Penal ni los padres del concebido no pueden en derecho justificar o sustentar el aborto de un niño con malformaciones o taras; concluyendo el autor que no existe razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que limita una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusualmente crueles, posición de la cual discrepamos puesto que no tendría sentido hablar de protección de la vida del concebida cuando se tiene por acreditado mediante examen médico que el feto es incompatible con la vida extrauterina, y de igual manera morirá luego de su nacimiento, no resultando certero y constitucional tal protección del derecho a la vida del concebido en estos casos, dado que se desconocería los derechos a la vida, salud física y mental de la madre, lo cual según el Ordenamiento Internacional está catalogado como tratos crueles, inhumanos y degradantes, fundamento que habría sido utilizado para despenalizar el aborto terapéutico( artículo 119), en ese sentido en este supuesto si está permitido mientras que en el supuesto del artículo 120 inciso 1 y 2 está prohibido.

Sánchez (2016) en su Tesis titulada *“Despenalización del Aborto Sentimental y Eugenésico en el Código Penal Peruano”*. Tesis cualitativa con diseño descriptiva exploratoria. Tesis para obtener el título de Doctorado. Muestra: Doctrinarios en Derecho Penal, Instrumentos: Análisis de Fuente Documental. Teniendo como objetivo principal: fomentar la discusión acerca de un tema que el Autor considera concierne tanto a abogados como a teóricos del derecho, el aborto derivado de casos de violación sexual y el aborto Eugenésico, por lo que resulta interesante notar como el debate sobre este tema se reduce constantemente a una batalla entre posturas que van desde la prohibición absoluta hasta la permisividad absoluta del supuesto mencionado, sin mediar la existencia de un marco de análisis que permitiría aportar luces a tal debate.

Para el Autor con la despenalización del aborto sentimental y eugenésico propone: despenalizar el aborto “sentimental” y eugenésico en nuestro Código

Penal y de esta manera dejaría de ser una infracción punible, por lo que en opinión del citado Autor era indispensable una reforma legal, con el fin que se reduzca el alto índice respecto al caso de muertes de jóvenes que han decidido impedir su embarazo por haberse producido como consecuencia de una violación sexual o por presentarse en algunos casos los abortos eugenésicos. Por ello, el autor hizo un estudio jurídico del delito de aborto, específicamente se revisaron sentencias de casos puntuales referentes al aborto eugenésico y sentimental; permitiendo realizar un análisis racional de ponderación de derechos para justificar su despenalización; teniendo como hipótesis la disminución de la muerte de muchas mujeres, que en su mayoría recurren a la realización de abortos clandestinos.

Ahora bien, en atención a la postura del Autor de la cual compartimos dado que este tema merece una solución pacífica de las partes involucradas; así como coherente dentro del marco en cual nos encontramos inmerso, ya que una regulación penal que condene el aborto en todos los supuestos, significa la anulación absoluta de los derechos fundamentales de la mujer, y en ese sentido refiere desconocer completamente su dignidad y reducirla a un instrumento de la vida en gestación, carente de derechos o de intereses constitucionalmente relevantes que ameriten protección; en ese sentido y adhiriéndonos al a postura de este Autor señalamos que la imposición de una sanción penal del aborto eugenésico y sentimental, afecta la dignidad de las mujeres en su calidad de sujetos de derechos, al instrumentalizarlas de la vida que gestan desconociendo su dignidad como un fin en sí mismo.

### **1.3 Teorías relacionadas a la inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del principio de proporcionalidad**

#### **1.3.1. Teorías referidas al Aborto sentimental y eugenésico**

##### **Definición etimológica del aborto**

Según la Doctrina mayoritaria refiere que el término Aborto proviene del latín abortus, es decir ab=Privación, y ortus=nacimiento, lo cual equivaldría a decir mal parto, parto anticipado o también llamado nacimiento antes de tiempo.

En ese sentido, por lo general no ha podido llegar a su perfecta madurez y debido desarrollo.

Siendo distinto el aborto según la causa que lo provoque, son también diversas las definiciones que sobre el mismo pueden darse según la Doctrina.

##### **Definición conceptual del aborto**

Para Ezaine (2013) el aborto es la interrupción del proceso fisiológico del feto que termina con la expulsión y destrucción del mismo dentro del claustro materno; debiéndose precisar que dicha expulsión se realiza independientemente de la viabilidad y formación del feto, siendo que el Ordenamiento Jurídico Peruano no acepta el aborto independientemente de las circunstancias en que se dé el embarazo, dándose la permisibilidad solo en los casos que la madre sufra un riesgo en su salud o su vida, por lo que el único aborto que está permitido en nuestro Ordenamiento Jurídico es el aborto terapéutico (p.28).

Para Núñez (2017) hace referencia que si bien nuestro Código Penal, regula la figura del aborto dentro del título de delitos contra la vida, el cuerpo y la salud; señalando que el bien jurídico protegido en estos casos es la vida del concebido quien se desarrolla en las entrañas de la madre pero de manera independiente de ésta, por lo que nuestra Legislación le otorga una protección especial e independiente de ésta, pero no de su salud, siendo que en atención a ello, se considera la muerte de mujer como elemento configurativo para agravar

la pena, pero no toma en cuenta el daño en la salud que puede causar un proceso abortivo sin las mínimas condiciones de higiene y de salubridad a la que muchas mujeres son sometidas por estar penalizado el aborto, sin tomar en cuenta las circunstancias que fluctúan alrededor del momento mismo de la concepción.(p.57)

Aunado a ello, en palabras de Urquiza (2017) con la muerte del feto provocada con o sin expulsión del claustro materno, el cual no debe ser espontáneo sino por el contrario debe ser provocado, con ello se configura el tipo penal de aborto. (p.48)

Así mismo en palabras del autor colombiano Arcila (2013) intenta dar una conceptualización jurídica penal del delito de aborto señalando que es la interrupción intencional por medios mecánicos o químicos del desarrollo normal del embarazo generando la muerte del concebido. (p.32)

## **Marco Jurídico del aborto en el Perú**

### **a) Tratamiento en la Constitución Política del Perú**

Se basan en lo estipulado en el artículo 1 de la Constitución Política del Estado que plantea que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y el Estado

Así mismo en el artículo 2.1 de nuestra Carta Magna, que reconoce que toda persona tiene derecho a la vida y que: “El concebido es sujeto de derecho en todo en cuanto lo favorece”.

Como vemos, esta posición toma sólo en consideración la vida del producto de la gestación, más no la vida ni la salud de la gestante, generando de esta forma una clara controversia sobre la prevalencia de dos derechos fundamentales como el derecho a la vida y el derecho al libre desarrollo de su personalidad, cuya conceptualización Doctrinal se desarrolla en el siguiente cuadro comparativo que se realiza sobre estos dos derechos fundamentales en conflicto que se será materia de ponderación más adelante con la finalidad de determinar si la regulación jurídica del artículo 120 inciso 1 y 2 es o no constitucional.

Tabla 1

*Derecho a la vida vs. Derecho al libre desarrollo de personalidad*

DERECHO A LA VIDA DEL CONCEBIDO	DERECHO A LA LIBERTAD DE DECISION DE LA MUJER
<p>El Derecho a la vida se encuentra consagrado en el Artículo 2º inciso 1 de la Constitución Política del Perú.</p> <p>Para Fernández Sessarego (1981) señala que: Se trata del núcleo de los derechos fundamentales, los mismos que podemos designar como "fundantes", pues todos los demás derechos de la persona encuentran en ellos su fundamento, su razón de ser. Los derechos "fundantes" constituyen el presupuesto de todos los demás derechos y, a su vez, encuentran su fundamento en la dignidad inherente a la persona humana.</p> <p>Así mismo, dicho inciso establece que "el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece", por lo que Fernández (1981) refiere que la vida del concebido se inicia con la unión del ovulo y espermatozoides dentro de la trompa del útero.</p> <p>Ahora bien, el derecho a la vida, al igual que otros derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, por lo que puede ser ponderado frente a otros derechos conforme a la necesidad e intereses que surjan, al respecto Fernández (1981) señala que los derechos subjetivos no son absolutos desde que lo jurídico surge de la relación entre dos o más personas, es decir, de conductas humanas intersubjetivas.</p> <p>Opinión crítica: El derecho a la vida, al igual que otros derechos fundamentales, no es un derecho absoluto, por lo que puede ser ponderado frente a otros derechos conforme a la necesidad e intereses que surjan</p>	<p>El derecho a la autodeterminación reproductiva, a la libertad de decisión es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía personal para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones.</p> <p>Ahora bien, en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 7435-2006-PC/TC, establece que: "Toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo".</p> <p>En esta línea de razonamiento, el decidir conforme al propio plan de vida ser o no madre es una decisión fundamental de las mujeres, con lo que ni su entorno familiar más cercano ni el Estado podrían imponerles una decisión en el sentido de que sean madres o no lo sean pues ambas decisiones revisten significativa importancia para sus vidas. Esto supone que las mujeres presten su consentimiento para llevar o no llevar adelante un embarazo.</p> <p>Opinión Crítica: En el caso del aborto debe primar la decisión de la mujer a la que no se la puede obligar a actuar en base a la conciencia de otros ni, mucho menos, en contra de su propia conciencia.</p>

Nota: Constitución Política del Perú de 1993 Comentado.

**b) Aborto y su regulación jurídica en el código Penal Peruano**

En el Perú, el aborto está penalizado de manera general y está regulado en el Capítulo II del Título I sobre delitos contra la vida, el cuerpo y la salud específicamente en la Parte Especial del Código Penal,

El tipo base del delito está del artículo 114° y 115° del Código Penal siendo que ambos tipos penales son las dos caras de una misma moneda, es así que para el desarrollo del presente trabajo de investigación es necesario señalar la clasificación de abortos establecidas por nuestro Código Penal:



Tabla 2

*Aborto y su regulación jurídica en el código Penal Peruano.*

MODALIDAD	DESCRIPCION DEL TIPO PENAL Y SANCION PUNITIVA	INTERPRETACION
<b>Auto aborto</b>  (art. 114)	Este tipo penal está referido cuando el sujeto activo del delito hace referencia a la mujer o en su defecto a un médico o tercera persona, por lo que en consecuencia será sancionado con una pena (no mayor de 2 años a mas o con prestación de servicio comunitario de 52 a 54 Jornadas).	La interpretación literal que se realiza a este artículo se divide dos comportamientos típicos, en primer lugar, se requiere de una mujer que causa su propio aborto y en segundo lugar es la propia gestante quien cociente que otro le practique el aborto, pudiendo precisar que el consentimiento puede ser prestado explícita o implícitamente.
<b>Aborto consentido</b>  (art. 115)	“En este tipo de aborto el sujeto activo es señalado como una tercera persona quien con el consentimiento de la madre autoriza la práctica abortiva, por lo tanto, el sujeto activo será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. Con la agravante de que si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo prever este resultado, la <u>pena será no menor de dos ni mayor de cinco años</u> ”.	Este tipo penal requiere de la autorización dado por la gestante a otra persona para que realice sobre aquella las maniobras abortivas. No se trata de la participación del tercero en el aborto de la mujer como cómplice de ésta, sino del consentimiento prestado por ella para que aquél actuara como autor del delito.
<b>Aborto sin consentimiento</b>  (art. 116)	“Respecto a este tipo penal está dirigido al sujeto activo quien vendría a ser una tercera persona quien sin el consentimiento de la gestante practica el aborto en la misma, por lo que en consecuencia será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años. Si sobreviene la muerte de la mujer y el agente pudo proveer este resultado, la <u>pena será no menor de 05 ni mayor de 10 años</u> ”.	Siendo que a partir de dicho texto legal se establece que el comportamiento típico está enmarcado en la ausencia de consentimiento de la mujer no importando, en realidad la edad de la mujer basta que sea una edad fértil. La ausencia del consentimiento de la mujer es para que le practiquen el aborto.
	En este tipo penal el sujeto activo necesariamente se trataría de un médico, obstetra, farmacéutico o cualquier profesional sanitario que	En ese sentido, la agravante aquí lo constituye aquellas personas que normalmente pertenecen a la ciencia de la salud y están al servicio de la gestante en ese caso; sin

<b>Circunstancia agravante</b>  <b>(art. 117)</b>	<p>haciendo uso indebido de sus conocimientos médicos realiza la práctica abortiva, en consecuencia, <u>será reprimido con la pena de los artículos 115° y 116° e inhabilitación conforme al artículo 36° del Código Penal</u>";</p>	<p>embargo apartándose de tal objetivo noble, ayudan colaboran o en muchos casos, tomando el protagonismo material realizan personalmente la practica abortiva, en algunos casos con asentimiento de la propia gestante y en otros casos aun sin asentimiento de ella, tornándose en mucho más grave la situación.</p>
<b>Aborto preterintencional</b>  <b>(art. 118)</b>	<p>El que, habiendo mediado violencia, ocasiona un aborto, sin haber tenido el propósito de causarlo, siendo notorio o constándole el embarazo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años, o con prestación de servicio comunitario de cincuentidós a ciento cuatro jornadas".</p>	<p>A nuestro criterio la Legislación Penal Peruana a diferencia de otros países, no ha previsto el aborto por culpa sino el aborto meramente doloso, por lo que sería indispensable analizar este tipo de aborto, en virtud de las impericias médicas y de la propia madre, que en muchos casos pueden causar la eliminación del feto.</p>
<b>Aborto terapéutico</b>  <b>(art. 119)</b>	<p>Este tipo de aborto se encuentra permitido al establecerse en la regulación jurídica penal que no será punible el aborto practicado por un médico con el consentimiento de la mujer embarazada o de su representante legal, si lo tuviere, cuando es la única forma para salvar la vida de la gestante o para evitar en su salud un mal grave y permanente".</p>	<p>En este caso, se parte de la existencia de un estado de necesidad justificante, es decir que a pesar que nos encontramos ante una conducta típica al haber lesionado un bien jurídico protegido, no resulta punible, por haberse realizado bajo el amparo de un precepto permisivo que desaparece la antijuridicidad penal. La interpretación jurídica realizada por el legislador es contradictoria a la finalidad protectora que tendría la penalización del aborto al señalar en este supuesto de aborto que la vida y salud de la madre está por encima de la vida del concebido, solo para este caso, lo cual a nuestro punto de vista ya sería discriminatorio que se haga este tipo de interpretaciones solo para este tipo de abortos dada las graves circunstancias que también se presentarían en el caso del aborto por violación sexual y el aborto en caso</p>

---

de malformaciones físicas y psíquicas

### Abortos Atenuados

#### (art. 120)

Al hablar de abortos atenuados, es decir que, si bien se encuentran penalizados en nuestro ordenamiento Jurídico, pero se les sanciona con una pena ínfima como si se trataría de un delito de bagatela por lo que a la letra de nuestro Código Penal dice:

El aborto será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de tres meses:

1. Cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.

2. Cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.

En el primer caso está referido al aborto Sentimental, es decir cuando el aborto es a consecuencia de una violación sexual, con acceso carnal en forma intimidatoria o violenta en perjuicio del sujeto pasivo en este caso la mujer, quien se convertirá en sujeto activo del aborto catalogándose por ende en delincuente;

El tipo penal del **aborto eugenésico se configura** cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas que hagan inviable su vida extrauterina, el hecho típico receptado por la ley penal se refiere a un aborto provocado en circunstancias de probabilidad respecto a la concepción de seres humanos con taras físicas o psíquicas consideradas graves. Ahora bien, estos graves defectos o deficiencias han de ser directos y permanentes en el tiempo.

Siendo que desde nuestro punto de vista tal como está regulado este penalización del aborto en estos dos casos, no cumpliría con el fin de la pena, no respondiendo a una adecuada política criminal, puesto que si bien estas mujeres que abortan nunca tendrían una pena efectiva de libertad, sin embargo serían acreedoras de una repulsión social, moral al ser catalogadas como delincuentes, al haberse configurado el supuesto establecido en la norma penal sin que ello cumpla con la finalidad propiamente dicha de la pena.

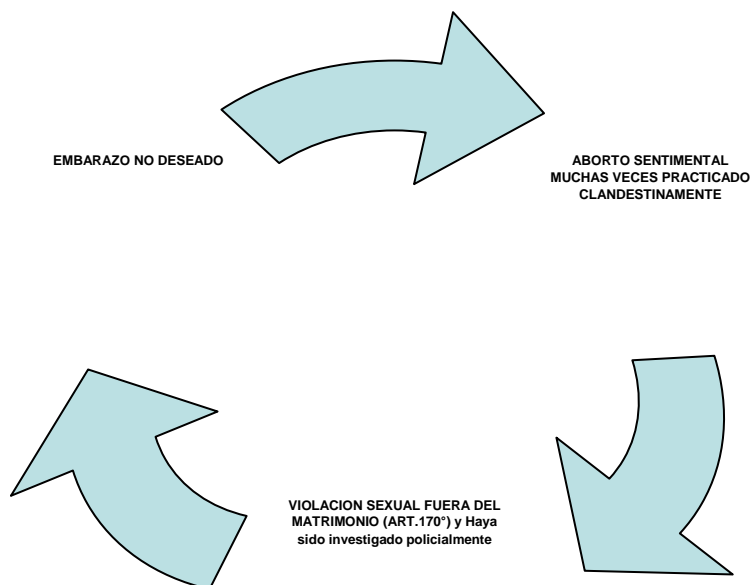
En ese sentido es menester desarrollar y analizar sobre los abortos atenuados y al tratarse de dos tipos de abortos denominados por la Doctrina como es el caso del aborto a consecuencia de violación sexual y el aborto cual el feto presente grave malformaciones físicas y psíquicas en el que se centra la presente investigación, es indispensable conceptualizar el desarrollo de ambos desde diversas perspectivas:

### **Aborto sentimental:**

#### **a) Definición Doctrinaria**

Para Bacigalupo (2010) en el artículo 120 del Código Penal se están planteando dos supuestos: la indicación ética (art.120, 1º) y la indicación eugenésica (art. 120, 2º). Refirió que los artículos antes mencionados no son punibles, puesto que el código penal sanciona con ínfima pena, porque la investigación preliminar prescribe antes de los tres meses, por lo que nunca se condenaría a persona alguna bajo estos criterios.

En ese sentido, es menester añadir a lo ya expuesto por el Autor que en nuestro Código Penal se castiga en el art.120 del mismo cuerpo normativo, tanto a la mujer embarazada como a los partícipes que intervengan en el aborto, así como con la participación de un médico. En ese sentido nosotros también compartimos la posición del autor al señalar que la pena establecida para el aborto sentimental es irrisoria e incluso simbólica puesto que estos delitos prescribirían ordinaria y extraordinariamente durante el plazo de investigación del mismo (a nivel policial y fiscal); sin embargo somos de la posición de que dado el debate extensivo en las últimas décadas sobre la despenalización del aborto sentimental dado que en nuestro país se debe buscar que su regulación jurídica sea idónea y acorde a una Política Criminal eficiente y ello se obtendrá partir de salvaguardar los derechos fundamentales de la mujer víctima de violación sexual, dado los principales presupuestos para ello en el caso del aborto sentimental son:



*Figura 1.* Esquema de la actual tipificación del aborto sentimental.

*Nota:* Código Penal Peruano de 1991.

Para Del Castillo (2010) el aborto Sentimental es aquel aborto practicado cuando el embarazo fue producto de violación o inseminación artificial no consentida, aunado a ello nuestro Ordenamiento Jurídico Penal, se exige que los hechos hayan sido denunciados o investigado cuanto mínimo policialmente, caso contrario sería imputable con la pena establecida para el aborto consentido en atención al artículo 114 del Código hecho que no concuerda con nuestra realidad, dado que en nuestra sociedad las mujeres vejadas sexualmente se sienten culpables y avergonzadas por la represión social motivando que haya una clara resistencia a denunciar tales hechos, más aun en el caso de menores; ahora bien se debe tener en cuenta que la denuncia tiene que realizarse en un momento próximo al hecho, si bien nuestro Código Penal no dice nada al respecto, caso contrario la mujer podría interponer la denuncia, inmediatamente antes del aborto, por ejemplo a los ocho meses de la violación o inseminación artificial.

En ese sentido procederemos a desarrollar los presupuestos del delito del aborto Sentimental:

## **b) Presupuestos de la configuración del aborto Sentimental:**

### **Violación Sexual fuera del Matrimonio**

Peña Cabrera (2014) en el análisis realizado al artículo 120 inciso 1 del código penal señala que este tema es controvertido, mejor dicho, disparatado en todo caso, es que la violación sexual y la inseminación artificial, dentro del matrimonio no puede dar lugar a este aborto atenuado, claro está bajo la precisión de que el embarazo debe ser consecuencia del acto sexual ejercido por el esposo o de su semen que se coloca en el óvulo fecundado, sin el consentimiento de su mujer.

En ese sentido, el Autor señala que la nueva visión que se dio al bien jurídico tutelado en el marco de los delitos sexuales, habría de erigirse sobre la libre voluntad del ser humano, que puede quebrantarse incluso en el seno del matrimonio dado que la interrogante surge en el hecho de que ¿el marido tiene derecho de débito conyugal, aun en contra de la voluntad de su esposa? el Autor responde a dicha interrogante que en definitiva no, el matrimonio no concede dicha potestad; por lo que ante ello llegamos a la conclusión que la consorte puede también ser considerada sujeto pasivo de dichos injustos, siempre que se advierta que el acto sexual fue realizado menoscabando su libre autodeterminación, máxime su prevalecimiento que puede dar origen dicho estado (matrimonio), deberá incidir en una mayor represión. En ese sentido y desde ese punto de vista la tipificación del aborto sentimental ya recaería en inconstitucional por ser discriminatoria realizar dicha diferenciación.

Para algunos autores, como Chirinos (2011) refiere que el fundamento de la atenuación se sustenta en que la mujer es considerada como un instrumento o medio para lograr la vida del concebido, dado que se le es impuesta una maternidad que no desea y con la atenuación como está actualmente regulada en nuestro Ordenamiento Jurídico da la posibilidad a la mujer de una u otra forma de librarse del producto de la violación sexual, dado que la Ley estaría demostrando una tolerancia parcial para ello.

En otras palabras y adhiriéndonos a la posición de la Autora podemos decir que la libertad para interrumpir el embarazo es decir la libertad sobre su

maternidad a decidir ser madre o no, derecho que se le otorga a la mujer víctima de una violación sexual no haciendo distinción alguna, por lo que se debería comprender tanto a la mujer que ha sido violada dentro como fuera del matrimonio, ya que en ambos casos se ha vulnerado su libertad sexual.

### **Violación Sexual Investigada Policialmente:**

Por otro lado, es menester mencionar que Salinas Siccha (2012) sobre este tipo penal, indicó que:

Dentro de los presupuestos necesarios para su configuración se requiere que la presunta violación sexual haya sido denunciado e investigado de manera preliminar por la Policía, buscando con ello cierta seguridad en la comprobación de la configuración del delito de violación; sin embargo en la práctica en estos casos se procede a la realización de un examen médico previo, ello con el objetivo de establecer y/o comprobar los elementos del tipo penal regulado en el artículo 120 ° inciso 1° del Código Penal.(p.24)

### **Penalidad:**

La pena que impone la ley para este delito es de tres meses de pena privativa de libertad. Para Gutiérrez (2012) señaló que:

En estos casos se trataría de una pena simbólica, pues que si bien no exculpa de la responsabilidad al autor (la mujer), sin embargo dicha pena nunca se convertirá en una pena privativa de libertad efectiva, puesto que la investigación preparatoria para estos delitos tiene un plazo de 120 días naturales, prorrogable, por causas justificadas a 60 días más; siendo que, al haber excedido el plazo para ello, el delito prescribiría por tratarse de una pena ínfima. (p.56)

Así mismo, de no darse lo anterior, Villa Stein (2009) refirió que:

En estos casos también se podría aplicar la exención de la pena regulada en el artículo 68° del Código Penal en la que el Juez tiene la facultad de

aplicar esta institución en los delitos cuya pena privativa de libertad sea no mayor de dos años o con pena limitativa de derechos o con la pena multa siempre y cuando la responsabilidad del autor sea mínima como se da en el prese tipo penal analizado (p.25)

También en estos casos, Villa Stein (2009) señaló que también se podría hacer valer instituciones como el de la reserva de fallo condenatorio que opera cuando el juez omite en su sentencia la parte resolutive, en supuestos que la ley prevea para el delito una pena inferior a los tres años, obviamente sujetándolo a reglas por un periodo de tiempo al final del cual se tiene por no pronunciada la condena (p.32).

En ese contexto podemos apreciar del texto cuando se hace el cuestionamiento a la falta de necesidad de la pena en algunos supuestos relacionamos ello como señala el Dr. Víctor Prado (2010) al proponer despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación dado que si bien no ignora o desconoce el desvalor de la conducta (conducta contraria al Ordenamiento Jurídico), pero considera desde el punto de vista Político Criminal no hay necesidad de sanción penal como por ejemplo en los casos de hurtos entre familiares que residen en una misma casa, o los también llamados delitos de bagatela, donde se considera innecesaria la intervención del Derecho Penal.

Por lo que podemos concluir desde la perspectiva que lo señalado por el Autor afirma nuestra hipótesis al indicar que la pena impuesta es innecesaria por ser simbólica y no cumplir con la finalidad preventiva de la misma.

Acto seguido, dado la coyuntura social, religiosa y Política que genera la Despenalización del aborto Sentimental por considerarse inconstitucional al no superar la Aplicación de Proporcionalidad, se han generado dos posturas al respecto, el cual se procederá a detallar mediante un cuadro comparativo que se procede a detallar.



Tabla 3

*Posturas a favor y en contra de la Penalización del Aborto Sentimental (Análisis de Fuente Documental)*

<b>El Aborto Sentimental: Posturas</b>	
<b>Posturas a favor de la penalización del aborto sentimental o por violación sexual.</b>	<b>Posturas en contra de la penalización del aborto sentimental o por violación sexual.</b>
<p>Dentro de las posturas más relevantes contemporáneas en el marco nacional son representados por el profesor Eduardo Oré Sosa y el profesor José Antonio Caro John.</p> <p>La Primera postura refiere que a) el Derecho debería complacer el sentir de la sociedad mediante normas jurídicas prohibidas del aborto</p> <p>En ese contexto el profesor Caro desarrolla su postura indicando con dentro de los supuestos utilizados por la Comisión Revisora de nuestro Código Penal Peruano está en el sentido que los mismos (aborto sentimental y eugenésico) no reflejan la identidad normativa de la sociedad de nuestra época ni la regulación jurídica del aborto en los ordenamientos jurídico contemporáneos. Es decir, para este Autor la despenalización del aborto respecto a la sanción penal propiamente dicha refleja tanto las expectativas normativas y sociales de la población en atención a la vida del feto sobre su protección absoluta e indiscutida que le ha otorgado nuestro Ordenamiento Jurídico en base a la evolución histórica de la misma.</p> <p>b) La vida del concebido como bien jurídico de máxima importancia precisa una protección legal incuestionable frente a otros derechos</p> <p>Para el profesor Oré cuestiona la despenalización del aborto bajo el fundamento de la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho Penal propio de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, en ese sentido precisa que el Derecho a la vida (incluido la vida del feto por el solo hecho de su existencia) es la base de los demás derechos fundamentales por lo que no es posible ignorar o discutir su protección absoluta.</p> <p>Así mismo cuestiona rotundamente la posición del Dr. Víctor Prado Saldarriaga sobre la falta de necesidad de una pena en los casos del aborto sentimental y eugenésico, así como en los casos de los delitos de bagatela.</p> <p>En consecuencia, para el referido autor la vida del feto en cualquier etapa de su desarrollo constituye por su sola existencia en una vida humana, la cual merece una protección absoluta y sin cuestionamiento alguno, puesto que se trata de un bien jurídico de máxima importancia, ya que de allí se disgrega los demás derechos fundamentales.</p>	<p>Dentro de los argumentos a favor de la despenalización del aborto, según una parte de la Doctrina tenemos:</p> <p><b>a) La libertad de la mujer para decidir sobre su cuerpo.</b></p> <p>En palabras de Prado Saldarriaga (2010):</p> <p>“La mujer como ser humano en ejercicio autónomo de sus derechos civiles, podrá concretar su proyecto de vida deseado; en ese sentido al ser considerado el feto como una existencia dentro del cuerpo de la mujer, por lo que la misma se encontraría en capacidad de disponer de él, ello en ejercicio de su derecho a la libertad de decidir sobre su propio cuerpo” (p.45).</p> <p>En ese sentido si la mujer no considera llevar dentro de ella el feto y mucho menos llegar al parto, por lo que en caso exista una disposición que la obliga estaría vulnerando su derecho constitucional a decidir libremente sobre su maternidad.</p> <p>Asimismo, Ibáñez (2010) indica sobre la libertad de maternidad es facultad de la mujer, nunca obligación; como expresión de su libertad y del libre desarrollo de su personalidad reconocido como un derecho de carácter constitucional a la libertad.</p> <p><b>b) La inutilidad de la sanción penal a consecuencia de la creciente tasa mortalidad por la práctica abortiva ilegal.</b></p> <p>En ese sentido, es menester señalar que en el 2006, se realizó en el Perú un estudio de análisis estadístico sobre el nivel de incidencia de la tasa de abortos en el concluyéndose que anualmente se practicaban trescientos setenta y seis mil abortos clandestinos y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados producto de violación sexual por lo que a consecuencia de estos altos índices de abortos clandestinos es que surgieron muchas posturas doctrinarias y jurídicas con la finalidad de despenalizar el aborto sentimental y eugenésico por ser considerada inconstitucional, posición que sería el reflejo de un comportamiento que se viene dando desde hace largo tiempo dentro de nuestro País en búsqueda de eliminar las desigualdades sociales y beneficiar a las mujeres que se ven obligadas a llevar a cabo el aborto especialmente en aquellas de más escasos recursos económicos dado que estos abortos de ser el caso podrían realizarse de forma higiénica y segura en caso de tener los medios económicos necesarios.</p>

*Nota: Tomado de Prado Saldarriaga, V. (2010)*

### **Aborto eugenésico**

El aborto eugenésico está regulado en el artículo 120º del Código Penal señala que este tipo de interrupciones del embarazo cuando sea probable que el concebido conlleve graves taras físicas y psíquicas, siempre que ello sea corroborado con previo diagnóstico médico será sancionado con la imposición de una pena privativa de libertad no mayor de tres meses según lo regulado en el inciso 2 del referido artículo.

Dicha regulación, corresponde a una figura atenuada, ya que se puede observar que la pena impuesta es de tres meses.

### **Definición conceptual del aborto eugenésico**

Para Zumaeta (2014) refirió que la regulación jurídico penal se configurará cuando hay una malformación del feto que le genere graves taras físicas o psíquicas. (p.35)

Ahora bien, en atención a la regulación jurídica de este tipo de aborto, consideramos que el legislador ha dado lugar a una amplia interpretación jurídica al no especificar qué se entiende por graves taras física o psíquica que sufriría el concebido. Tampoco ha señalado si esta afección ha de ser perenne o no, porque en la actualidad también se han visto casos de malformaciones que son curables.

Así mismo, se requiere que en estos casos debe existir un diagnóstico médico mediante el cual se dé un pronóstico que tenga cierto grado de seguridad respecto a la afección que padece al feto. Siendo que la pena en este supuesto se castiga con una pena simbólica.

Para Hurtado (2011), señaló que el objetivo de despenalizar el aborto eugenésico, es proteger la libertad de la mujer a decidir ser madre o no, que resultara gravemente afectado con lo que implica criar a un hijo física o mentalmente anormal (p.243).

A manera de conclusión podemos decir que la Doctrina, que en este caso se trata de resolver un conflicto entre la vida en formación que, aun con taras

físicas o psíquicas, el derecho manifiesta querer proteger (por eso que sea necesario autorizar expresamente el aborto) y los intereses de la madre, particularmente el libre desarrollo de la personalidad.

Este tipo de aborto, resulta un tanto controversial, ya que dentro del sistema de indicaciones se señala que este aborto es legal cuando se detecte en el feto o embrión presente graves taras físicas o psíquicas.

En ese sentido nosotros no compartimos la posición del legislador al establecer al penalizar aborto eugenésico, dado que nuestro Ordenamiento Jurídico Penal realiza una división entre la despenalización del aborto terapéutico y la penalización del aborto en casos de malformaciones lo cual resultaría inconsistente puesto que tanto en el aborto terapéutico como en el aborto eugenésico se afectan el mismo bien jurídico que es la integridad y la salud de las mujeres, dado que en un supuesto está permitido y el otro prohibido, en ese sentido y puesto en palabras de Gonzales (2013):

Respecto a la protección de la salud, entendida de manera integral, implica que un diagnóstico negativo respecto a la salud del feto también puede afectar la salud mental de una mujer (p.141).

En ese sentido, es menester señalar lo indicado en el Taller de las sociedades médicas (2015) señaló que para determinar el perfil médico del aborto terapéutico en casos de malformaciones congénitas requieren previamente de una evaluación en la mujer gestante de las consecuencias psicológicas que pueda padecer ésta.

## Tipicidad Objetiva

### TIPO PENAL

regulado en el inciso 2 del artículo 120 del Código Penal peruano de 1991, actualmente en vigencia.

#### Sujeto activo.

En palabras de Peña Cabrera (2013) consideró al médico y a la madre como sujeto activo del aborto. Siendo así, que tanto la madre que consiente el aborto eugenésico y el médico que lo realiza serán considerados como coautores, contribuyendo cada uno a su realización, dado que la primera da su consentimiento mientras que el segundo ejecuta la operación abortiva.

**El sujeto pasivo** es el producto de la concepción: el feto que presenta grave malformaciones físicas y psíquicas, en concordancia con la integridad del ordenamiento jurídico peruano.

**La Acción** refiere en la interrupción embarazo con la finalidad de evitar el nacimiento del concebido que presenta graves taras físicas según diagnóstico médico previo.

*Figura 2. Tipicidad Objetiva del aborto eugenésico*

*Nota:* Código Penal Peruano de 1991

## Tipicidad Subjetiva

La Tipicidad Subjetiva en este tipo penal está formada por el dolo (conciencia y voluntad), dado que, en la configuración de este tipo penal, el sujeto activo realiza su acción con conciencia y voluntad.

**a. Bien jurídico protegido**

Para Bramont (2014) refirió que:

los delitos de aborto atenta contra vida humana dependiente; esto es, contra el embrión o feto que viene a ser el concebido, el cual todavía no tiene la calidad de persona, según el Código Civil, en su artículo 1° que establece que: “la vida humana empieza con la concepción”, en concordancia con lo establecido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución Política establece que “el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”, en ese sentido uno de los derechos básicos que le asiste al concebido es precisamente el derecho a la vida.

En ese sentido para este tipo de aborto, el bien jurídico protegido está compuesto por la vida humana del concebido que adolece de graves taras, físicas o psíquicas.

Al respecto podemos decir cuando se habla de malformaciones físicas y psíquicas, un claro ejemplo de ello es la anencefalia es decir fetos incompatibles con la vida extrauterina constituyendo la segunda causa de defectos congénitos, por lo que continuar con un embarazo sabiendo que el producto de la concepción tiene características incompatibles con la vida y al culminar el embarazo, éste traiga como consecuencia la muerte del feto genera una serie de perturbaciones psicológicas, baja autoestima en la mujer y temor en la relaciones sexuales por considerar que solo puede procrear de manera deforme; que no sólo afecta a la madre o pareja sino que abarca al núcleo familiar.

En consecuencia, en el tema abordado se encuentran involucrados derechos fundamentales del derecho a la vida del concebido, el derecho a la libertad, el derecho a la salud física y psíquica de la madre y la cuestión está en determinar cuál es el orden de prevalencia y si en realidad la intervención del Derecho penal es necesaria.

### ***Penalidad***

El tipo penal del artículo 120, inciso 2, del Código Penal, es reprimido con pena privativa de libertad irrisoria no mayor de tres meses, el cual no llegaría a una pena efectiva sino llegarían a la impunidad por prescripción durante el transcurso de la investigación a nivel policial o en suspensión de la ejecución de la pena.

Ahora bien dentro de los presupuestos del aborto Eugenesico es menester tocar el tema de las malformaciones congénitas físicas y psíquicas.

Ahora bien, en ese sentido es menester precisar sobre uno de los presupuestos de este tipo penal como es que el feto presente graves malformaciones congénitas, motivo por el cual es menester conceptualizarlo.

### ***Malformación genética***

#### ***a) Definición:***

La Organización Mundial de la Salud y en palabras de Arenas (2015) mencionó

Las anomalías congénitas o malformaciones genéticas se tratan de anomalías estructurales o funcionales, como los trastornos metabólicos, que ocurren durante la vida intrauterina y se detectan durante el embarazo, en el parto o en un momento posterior de la vida; en ese sentido las causas que provocan las malformaciones es un defecto ocurrido en algún momento de desarrollo, de preferencia en las primeras semanas de vida embrionaria (p. 22).

De lo expuesto se desprende que todo esto es consecuencia de un hecho no previsto durante el embarazo y que por ende marcara el destino no solo de ese nasciturus sino para todo el núcleo familiar.

#### ***b) Tipos de malformaciones***

Se dan varios tipos de malformaciones congénitas por ejemplo: Anencefalia, hidrocefalia, espina bífida, fisura de labio o paladar, cardiopatía congénita. Etc.



*Figura 3. Malformación de tipo físico (Hidrocefalia)*

Afectan gravemente al aspecto físico o anatómico, provocando importantes limitaciones en la vida del niño podemos citar como ejemplo la ausencia de algún miembro. Otros que no son tan evidentes en el aspecto físico, pero que alteran las funciones de órganos fundamentales para el bebé, pudiendo ser incompatibles con la vida como ciertas malformaciones cardíacas.



*Figura 4. Malformación Física ((Holoprosencefalia Alobar)*

Para Jiménez (2016) sostuvo que:

Son malformaciones físicas estéticas que apenas causan un mero problema estético sin secuelas importantes como el labio leporino. Ahora bien, de entre los diferentes tipos de malformaciones que existen destacan los defectos del tubo neural, tanto por la gran repercusión que tienen en la

vida del niño afectado, como por ser los segundos defectos congénitos en frecuencia, después de las malformaciones del corazón que ocurren debido al desarrollo incompleto o anómalo del corazón del feto durante las primeras semanas del embarazo. Mientras que los defectos del tubo neural son malformaciones que se producen por una alteración en el desarrollo de las estructuras que se encargan de proteger al sistema nervioso central, es decir, a la médula espinal y al cerebro. Estos defectos se producen por una anomalía del tubo neural, que es una estructura en forma de cilindro que surge en el embrión en primeras semanas de vida, y cuya función es la de formar el futuro sistema nervioso. (pág. 34)



*Figura 5. Malformación cardíaca o de salud (Ectopia Cordis)*

### **c) Consecuencias de las malformaciones**

Un trastorno genético no solo afecta la condición física, sino también la salud mental y social del paciente y su familia. El hecho de entender los aspectos únicos de la información genética y de anticiparse a las reacciones posteriores a las pruebas genéticas puede ayudar, establecer un método para minimizar la angustia y aumentar al máximo los beneficios tanto para el paciente como para su familia. Las remisiones a especialistas o servicios de apoyo también pueden contribuir a mejorar la salud psicológica del paciente y su familia. La naturaleza personal y permanente de las enfermedades genéticas puede generar diferentes emociones que incluyen la sensación de culpa, impotencia y temor. Los especialistas como los asesores genéticos, pueden contribuir considerablemente a los pacientes y sus familias a medida que sobrellevan estas difíciles consecuencias de las malformaciones genéticas.



### ***Regulación Jurídica del Aborto sentimental y Eugenésico en el Derecho Comparado***

En pleno Siglo XXI, en la mayoría de países del mundo, el aborto ha sido materia de controversias específicamente en los casos de abortos que presentan circunstancias específicas como en los casos del aborto terapéutico, aborto sentimental y el aborto Eugenésico, siendo que en la mayoría de países y dentro de esa lista se encuentra nuestro país ha optado por despenalizar el aborto terapéutico; sin embargo hay países como Chile, El Salvador, Haití, Honduras, Nicaragua, República Dominicana y Surinam donde existe una penalización total en donde el aborto es un delito en cualquier caso.

Por otro lado existe otro grupo de países como Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Guyana, México (menos el Distrito Federal), Panamá, Paraguay, Perú y Venezuela que van en aumento al adoptar el modelo de permisión por causales, o excepciones en el que se incorporan ciertos supuestos como: la protección de la vida de las mujeres, la protección de su salud, los casos de malformaciones fetales incompatibles con la vida, la inseminación forzada y la violación sexual; precisando que en nuestro Ordenamiento Jurídico solo ha adoptado en presupuesto referida a la protección de la vida y salud de las mujeres como es el caso del Aborto Terapéutico que ya se mencionó líneas arriba quedando aun en constante debate la despenalización los casos de aborto sentimental y eugenésico, debiendo precisar que hasta la fecha no se ha logrado un consenso puesto que existe posiciones filosóficas, religiosas, políticas en juego sobre el tema, quedando atrás como Ordenamiento Jurídico en la evolución de estos temas de gran envergadura como ya lo han realizado otros países que han optado no solo por establecer este tipo de abortos como figuras atenuantes sino optando por despenalizarlas, en base que el derecho fundamental de elección de las mujeres sobre su maternidad específicamente en estos supuestos (violación sexual o grave malformación física y psíquica del feto ) no puede convertirlas en delincuentes por más que exista una pena simbólica que jamás será efectiva, pero la incrimina como tal, con la finalidad de instrumentalizarla para dar lugar a una nueva vida no deseada en el

caso de violación sexual y en el caso de malformaciones congénitas físicas y psíquicas el cual no tendrá viabilidad fuera del vientre materno, ante lo cual no se podría hablar de una protección de la vida del concebido, dado que este igualmente morir.

En ese sentido procederé a realizar un análisis de legislación comparada que se detalla en la Tabla 4, así como la Jurisprudencia Comparada adoptada por diversos países que se desarrolla en la Tabla 5, ello con la finalidad de determinar cómo los países de Latinoamérica han ido adoptando la despenalización del aborto sentimental y eugenésico, lo cual coadyuvara para determinar la razón de ser que tuvieron estas legislaciones para llegar a la decisión de la despenalización de estos tipos de abortos y en el caso de la Jurisprudencia Comparada como han realizado el análisis sobre el conflicto de derechos en estos casos. En esa misma línea, también se realizará un Análisis de marco normativo Internacional que amparan la despenalización del Aborto Sentimental y Eugenésico en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal el cual se procederá a detallar en la Tabla 6.

Tabla 4.

*El Aborto sentimental y el aborto Eugenésico y su regulación Jurídica en el Derecho Comparado*

País	Regulación jurídica del tipo penal	Descripción	Comentario
Uruguay	En el Código Penal Uruguayo en su artículo 328, inciso 2 señala que el aborto producto de una violación sexual y en caso de malformaciones congénitas cuyo fruto se pretenda eliminar, la sanción penal será disminuida de un tercio a la mitad, y si se efectuare con sus consentimientos será eximido de castigo”	La figura del aborto sentimental y eugenésico es considerada como un atenuante de la pena mas no regula su despenalización (Código Penal Uruguayo en su artículo 328, inciso 2)	En este País al igual que nuestro Ordenamiento Jurídico el aborto sentimental y el aborto eugenésico se encuentran penalizado, pero en este caso se toma como sujeto activo respecto al médico que lo practica. Así mismo no se hace distinción entre las mujeres víctimas de violación dentro o fuera del matrimonio.
España	En el Código Penal Español en su artículo 417 señala que no es punible el aborto practicado por un médico, o bajo su dirección, en centro o establecimiento sanitario, público o privado, acreditado y con consentimiento expreso de la mujer embarazada, cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual regulada en su artículo 429, del mismo cuerpo normativo, y en los casos del aborto por eugenesia con la condición que el aborto sea practicado dentro de las primeras doce semanas de gestación y que dicho hecho haya sido o denunciado policialmente(aborto sentimental .	La figura del aborto sentimental se encuentra despenalizada, para el embarazo producto de violación sexual (de mujer soltera o casada), dicha despenalización está afiliada a lo que es el sistema de indicaciones. (Código Penal Español en su artículo 417) Respecto al aborto eugenésico presenta una regulación más amplia o permisiva que la anterior, tanto por el incremento de los supuestos de despenalización como por una mayor laxitud respecto a los requisitos formales o temporales exigidos para su práctica. Ello implica un mayor nivel desprotección del nasciturus que el que se fijó en 1985.	A diferencia de nuestro Ordenamiento Jurídico en este Ordenamiento Jurídico Español el aborto a consecuencia de una violación sexual y en casos de abortos eugenésicos se encuentra despenalizado dentro del sistema de indicaciones, en el cual no hace diferencia entre la violación sexual dentro o fuera del matrimonio.
	En el Código Penal Boliviano en su artículo 266° prescribe que cuando el aborto hubiere sido	El aborto sentimental y el aborto terapéutico, en este	En estos casos la interrupción del embarazo es legal cuando es producto de violación, rapto no

<b>Bolivia</b>	consecuencia de un delito de violación, rapto no seguido de matrimonio, estupro o incesto, no se aplicará sanción alguna siempre que se haya iniciado la investigación penal. Así mismo, tampoco será punible si el aborto hubiese sido practicado con el fin de evitar un peligro para la vida o la salud de la madre y si este peligro no podía ser evitado por otros medios. En ambos casos el aborto deberá ser practicado por un médico con consentimiento de la mujer y la autorización judicial del caso”.	Ordenamiento Jurídico son los únicos tipos penales que se encuentran despenalizados	seguido de matrimonio, estupro o incesto, y si la vida de la madre está en peligro, previa autorización del juez. Siendo que en las demás clases de aborto se penaliza. Así mismo si bien en estos casos no abarca a las mujeres solteras pero la norma penal contempla el atenuante cuando el aborto se practica para proteger el honor de una mujer soltera.
<b>Panamá</b>	En el Código Penal Panameño en el art 144° no será punible si el aborto es producto de la concepción como consecuencia de violación, debidamente acreditada en instrucción sumarial y siempre que sea consentida por la gestante.	En el tipo penal de panamá solo será legal aquella practica abortiva que se realice con consentimiento de la mujer, pero esta debe encontrarse debidamente acreditada, en caso contrario si será susceptible de la imposición de una pena	En esta legislación penal, el único aborto despenalizado es el aborto sentimental, cuya regulación jurídica no hace distinción entre el delito de violación ocurrido dentro o fuera del matrimonio
<b>Ecuador</b>	En el Código Penal Ecuatoriano en su artículo 447° señala que el aborto practicado por un médico, con el consentimiento de la mujer o de su marido familiares íntimos, cuando ella no estuviere en posibilidad de prestarlo, no será sancionado penalmente Cuando el embarazo proviene de una violación o estupro cometido en una mujer idiota o demente. En este caso, para el aborto se requerirá el consentimiento del representante legal de la mujer.	En ecuador el consentimiento para la realización de una práctica abortiva, puede darse por una persona diferente a la mujer que ha sido agredida sexualmente y este debe haberse realizado por un médico especializado	En este País se encuentra el aborto sentimental está despenalizado, bastando solo el consentimiento de la propia gestante o de su representante legal en caso se trate de una demente; así mismo en este tipo penal no hace distinción entre el delito de violación ocurrido dentro o fuera del matrimonio
<b>Venezuela</b>	En el Código Penal en su artículo 436° en caso del aborto practicado con el consentimiento de una mujer víctima de violación sexual la pena (6 meses a 2 años) se disminuirá de uno a dos tercios y el presidio se convertirá en prisión, en el caso de que el autor del aborto lo hubiere cometido por salvar su propio honor o la honra de su esposa, de su madre, de su descendiente, de su hermana o de su hija adoptiva.	En este país la figura del aborto en los casos de violación sexual al igual que en nuestro país también se presenta como figura atenuante con respecto a la determinación de la pena.	En este país, el delito de aborto sentimental está penado con penas irrisorias, pero igual se encuentra regulado como delito.

---

<b>Paraguay</b>	<p>Código Penal de Paraguay en su artículo 105 regula el homicidio doloso prescribiendo el que matara a otro será castigado con pena privativa de libertad de cinco a quince años cuando una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto.</p>	<p>Este Código Penal no hace referencia al aborto, únicamente señala el supuesto en el que una mujer matara a su hijo durante o inmediatamente después del parto. Así mismo no menciona respecto a la persona quien le asiste para practicar el aborto.</p>	<p>En este País no se encuentra regulado taxativamente el aborto en caso de violación sexual ni en casos de malformaciones congénitas, solo establecen el hecho de terminar con la vida de un feto de manera general tipificándolo dentro del delito por homicidio doloso.</p>
<b>Colombia</b>	<p>En el Código Penal Colombiano en su artículo 124° refiere que el aborto a consecuencia de violación sexual, sin consentimiento, o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas es establecida como una figura atenuante en la que se disminuirá en las tres cuartas partes de la pena establecida para el aborto.</p>	<p>En Colombia anteriormente el tipo penal del aborto sentimental y eugenésico eran establecidas como circunstancias atenuantes y recién a partir de una sentencia emitida por el Tribunal Constitucional el 17 de mayo del 2006 legaliza el aborto inducido en los supuestos de malformación del feto, embarazo producto de una violación y en los embarazos cuando peligra la vida de la madre.</p>	<p>En este País el aborto sentimental, eugenésico y terapéutico han llegado a ser despenalizados bajos criterios similares, es decir en protección de la vida, salud y el libre desarrollo de la personalidad de la madre sobre el derecho a la vida del concebido, es decir se despenalizó la interrupción voluntaria del embarazo bajo ciertas circunstancias,</p>
<b>Brasil</b>	<p>El Código Penal Brasileño en su artículo 128° establece que no se sanciona penalmente el aborto practicado por un médico si no hay otra manera de salvar la vida de la mujer embarazada; así mismo en casos de embarazo resulta de la violación y el aborto es precedido por el consentimiento de la mujer embarazada, o si es incapaz por su representante legal</p>	<p>No será sancionable el aborto realizado por mujer víctima de agresión sexual</p>	<p>En este país solo está permitido la practica abortiva en dos casos por una violación y cuando existe riesgo en la vida de la mujer.</p>
<b>México</b>	<p>En el Código Penal Mexicano en su artículo 333° del código penal refiere que no es punible el aborto causado solo por imprudencia de la mujer embarazada, o cuando el embarazo sea resultado de una violación”.</p>	<p>El aborto sentimental se encuentra despenalizado en este país</p>	<p>En este país a diferencia de nuestro Ordenamiento Jurídico Penal se encuentra despenalizado el aborto sentimental, siendo que en este mismo no hacen diferencias entre la violación sexual producida dentro o</p>

---

			fuera del matrimonio como si lo hace en nuestro Ordenamiento Jurídico al penalizar este tipo de aborto
<b>Argentina</b>	En el Código Penal Argentino en su artículo 86° establece que el aborto practicado por un médico diplomado con el consentimiento de la mujer embarazada, no es sancionable penalmente específicamente en el caso si el embarazo proviene de una violación o de un atentado al pudor cometido sobre una mujer idiota o demente. En este caso, el consentimiento de su representante legal deberá ser requerido para el aborto	En este país está despenalizado el aborto violación de una mujer idiota o demente. Sin embargo, la autorización judicial para la misma demora mucho lo cual muchas veces desanima en optar por este recurso	En este País solo está despenalizado el aborto sentimental en el caso de violaciones sexuales en mujeres dementes mas no en mujeres en general, lo cual no estaría reduciendo los riesgos de la ilegalidad y hayan sido víctimas de violación sexual no puedan abortar conforme a sus necesidades y convicciones personales.
<b>Albania</b>	Permite el aborto sin ninguna restricción durante las primeras doce semanas del embarazo	En este país se despenaliza todo tipo de aborto	A diferencia de nuestro país, en Albania existe una permisividad absoluta sobre el aborto.
<b>Perú</b>	En el artículo 120° del código penal peruano establece una sanción penal no mayor de tres meses cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hayan sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente; o cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.	En el Perú el aborto terapéutico es el único que se encuentra despenalizado, mientras que los otros tipos de abortos se encuentran penalizados, lo que torna interesante en este punto es que tanto el aborto sentimental y el eugenésico se encuentran penalizados como atenuantes con penas simbólicas e irrisorias que no hacen más que catalogar a la mujer como una delincuente dado que la pena como tal no cumple su fin en sí misma al no llegar a ser efectiva	En la actualidad existe un debate constante sobre la viabilidad de la sanción penal del aborto. Tal debate nos presenta con argumentos tanto a favor como en contra, en ese sentido presentaremos ambas posturas sobre el aborto, para posteriormente presentar la toma de postura final de nuestra parte
<b>Bahamas</b>	En el Código Penal de Bahamas permite el aborto terapéutico cuando la mujer ve en peligro su salud física y cuando está en peligro su vida.	Siendo que este Código no hace menciona sobre los casos del aborto producto de una violación sexual o sobre el aborto	A diferencia de nuestro país, aquí si se tipifica el aborto sentimental y eugenésico imponiendo como sanción penal una pena simbólica que nunca

<b>Análisis</b>	Así mismo también se encuentra regulado el aborto eugenésico inducido con una pena privativa de libertad de 10 años.	se convertirá en efectiva
	A modo de conclusión, de lo expuesto por la legislación comparada, se aprecia claramente que en la mayoría de legislaciones comparadas el aborto sentimental y eugenésico están despenalizados, mientras que en otro poco sector como nuestro país están penalizados como figuras atenuantes y solo en nuestro país se hace diferenciación alguna entre la violación fuera o dentro del matrimonio para que configure el delito de aborto “sentimental” o ético. Los códigos penales simplemente se refieren a la “violación sexual” sin hacer ningún distingo si se produce dentro o fuera del matrimonio, con lo que se entiende que el sujeto pasivo puede ser la mujer soltera o casada.	

*Nota:* Tomado de Diaz Colchado & Ramirez Huaroto (2016)

Tabla 5.

*Análisis jurisprudencial Constitucional sobre el Delito de Aborto “Sentimental y Eugenésico” en el Derecho Comparado.*

Órgano y Datos de la jurisprudencia	Tema	Decisión	Criterio del Tribunal	Comentarios
<b>TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE</b>	El Tribunal Constitucional español mediante sentencia ya mencionada, realizó un análisis sobre la constitucionalidad del proyecto de Ley Orgánica reformadora del Código Penal, que incorporaba el artículo 417 en la que señalaba que no será punible si es practicado por un médico y con el consentimiento de la mujer, cuando el embarazo genere un grave peligro para la vida o la salud de la embarazada, así mismo dentro de otro supuesto a despenalizar se da cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual, y que dicha violación haya sido denunciado y siempre que el aborto	El Tribunal Español analiza la constitucionalidad mediante un test de ponderación aplicable a los tres supuestos que se pretende despenalizar consagrados en el artículo 417° del Código Penal con el objetivo de determinar la constitucionalidad del proyecto de ley Orgánica que pretendía despenalizar los tres supuestos consignados en el señalado artículo. Es decir, en el presente proyecto de ley, debía analizarse desde un punto de vista constitucional para determinar si el legislador podía excluir al feto, en los ya mencionados supuestos, de la protección penal, supuestos en los cuales la vida del concebido entra en colisión con derechos constitucionales relevantes, como la vida y	El Tribunal Constitucional Español se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante puesto que se consideró que no se desprotegía la vida prenatal con la permisión del aborto en los supuestos contenidos en el artículo 417° del Proyecto de la Ley Orgánica Penal;	En consecuencia, el Tribunal Constitucional Español consideró que los casos de aborto terapéutico y eugenésico requerirían, además de un profesional de la salud que realice la intervención, del dictamen de un médico de la especialidad. Así mismo se precisa que el referido dictamen debería ser anterior al momento en que se realiza el aborto, dado lo irreversible de sus efectos.  Respecto al aborto sentimental el T.C estableció que la comprobación judicial del delito es irrazonable por cuanto los plazos necesarios para ello sobrepasarían los plazos

<p><b>ESPAÑA</b> <b>(STC 53/1985)</b> <b>Fecha: 11 de</b> <b>abril de 1985</b></p>	<p>se practique dentro de las doce primeras semanas de gestación; por otro lado también despenalizan lo que es el aborto terapéutico cuando durante la gestación sea probable que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas, siempre que el aborto se practique dentro de las veintidós primeras semanas de gestación y que existan dos pronósticos médicos mediante Informes practicados a la embarazada.</p>	<p>la dignidad de la mujer, al entrar en juego ambos derechos constitucionales dado que no se puede establecer el carácter absoluto de alguno de ellos, por lo que el intérprete máximo de la constitución procede a aplicar el test de ponderación derechos con el objetivo de armonizar ambos derechos colisionados de darse el caso, caso contrario su objetivo sería determinar los presupuestos y/o fundamentos a efectos de encuadrar una prevalencia de un derecho sobre otro.</p>	<p>necesarios para practicar una interrupción del embarazo; motivo por el cual el TC. Llegó a considerar como suficiente la denuncia previa para poder realizar el aborto.</p>
<p><b>LA CORTE</b> <b>CONSTITUCIO</b> <b>NAL DE</b> <b>COLOMBIA</b> <b>(SENTENCIA</b> <b>C-355/06)</b></p>	<p>La Corte Constitucional de Colombia establece que la dignidad humana, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la salud, la vida y la integridad de las personas, es parte del bloque de constitucionalidad mientras que la proporcionalidad y la razonabilidad son límites a la intervención del Derecho Penal.</p>	<p>Respecto a la penalización del aborto sentimental dicha Corte consideró desproporcionada la protección absoluta del derecho a la vida del concebido en desconocimiento de los derechos a la mujer gestante, específicamente su derecho a la dignidad y a al libre desarrollo de su personalidad, siendo menester tomar en cuenta que dicho embarazo no es fruto de una libre decisión por el contrario el resultado de un hecho delictuoso previo repugnado y sancionadas penalmente en el Código Penal.</p> <p>Por lo que esta Corte llega a la conclusión que sobre proteger la vida en gestación en los casos de violación sexual al penalizar este tipo de aborto conlleva a otorgarle una prelación absoluta al derecho a la vida del</p>	<p>Sin embargo, la decisión Final de este análisis constitucional a cargo del TC. Culminó al señalar la inconstitucionalidad del artículo 417 del Código Penal, y ello no fue porque las ponderaciones realizadas hayan sido incorrectas al concluir que los derechos a la vida y la dignidad de la mujer prevalecen sobre la protección del derecho a la vida del concebido, sino que se procedió a declarar su inconstitucionalidad del proyecto cuestionado porque no se establecieron las precauciones para lograr la despenalización.</p> <p>En consecuencia, La Corte Constitucional Colombiana al revisar la regulación del derecho a la vida en los tratados internacionales que forma parte del bloque de constitucionalidad concluyó que ni en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ni la Convención sobre los derechos del niño, ni la Convención Americana de Derechos Humanos se llegó a establecer el derecho a la vida del concebido que tengan el deber de adoptar medidas legislativas por parte del Estado y que este sea de naturaleza absoluta sino por el contrario surge la necesidad de ponderar la vida en gestación con otros derechos,</p>



concebido sobre el derecho a la libertad de decisión sobre su maternidad de una mujer víctima de violación sexual con lo cual se estaría conllevando a una arbitraria intervención del derecho penal en el libre desarrollo de la personalidad y de la dignidad humana, convirtiéndola a la mujer en un mero instrumento de la concepción de una vida que no se encontraba dentro de su libertad de decisión por el contrario el propio Ordenamiento Jurídico se lo impuso contraviniendo sus derechos constitucionales.

Así mismo para esta Corte Constitucional, un requisito a las víctimas de violación sexual es que el hecho punible haya sido denunciado ante las autoridades competentes.

Por otro lado esta Corte también realizó un razonamiento parecido para aquellos eventos en los cuales está amenazada la salud y la vida de la mujer gestante, como en el caso de la aborto terapéutico e incluso el aborto eugenésico dado que resulta excesivo imponer el sacrificio de la vida ya formada (vida de la mujer gestante) por la protección de la vida en formación (vida del concebido), debiendo precisar que en este supuesto no solo abarca a una afectación a la salud física sino también a la salud mental de la mujer gestante afectación de la salud física de la mujer gestante

La Corte Suprema de Justicia Argentina se pronunció respecto a los abortos no punibles, dado que los profesionales de salud condicionan la realización del procedimiento de aborto al dictado de una autorización

La Corte refirió que la despenalización del aborto conlleva la obligación estatal de disponer condiciones médicas para llevarlo a cabo de manera idónea y segura.

Así mismo señala que en estos casos de aborto sentimental solo se requiere que la

reconocidos en la Constitución Política y en otros instrumentos de Derecho internacional de los derechos humanos.

Para la Corte Constitucional, no le es indispensable el tema sobre determinar en qué momento comienza la concepción, sino que la discusión, sino que ello va más allá de la discusión de si el no nacido es una persona y por ende titular de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, y como tal el Estado colombiano tiene un claro deber de protección.

La referida sentencia interpretó los alcances de una norma despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la

En esta sentencia emitida por Tribunal Argentino señaló que existe la necesidad de que se implementen protocolos hospitalarios para la atención de los abortos no punibles.

<b>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION DE ARGENTINA (SENTENCIA EN LA CAUSA F., A.L. S/ MEDIDA AUTOSATISF ACTIVA, DEL 13 DE MARZO DE 2012).</b>	<p>judicial, lo que en la realidad de los hechos obstaculiza el acceso a una práctica legal en Argentina, regulada desde los años 1920, así mismo, la Corte aclaró que la judicialización de la del aborto en casos de violación no es necesaria incluso hasta ilegal porque al penalizarlo impone a la víctima del delito a exponer su vida privada y ello es contradictorio porque el hecho que demora judicializarlo implica que el estado de gestación vaya avanzando atentando con ello a su derecho a la dignidad así como su derecho a abortar en condiciones seguras.</p>	<p>víctima manifieste declaración jurada, ante un profesional de salud que llegue a confirmar la comisión de abuso sexual, siendo que en este país no se exige al igual que nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano que los hechos sean denunciados, y pese a que solo bastara con ese único requisito, lo cual podría generar dudas sobre si los hechos señalados por la gestante son falsos, pero ni ello justifica para evitar que las gestantes puedan acceder a abortos seguros y rápidos</p>	<p>inconstitucionalidad pretendida con la despenalización del aborto sentimental en base a los derechos vulnerados de la mujer gestante.</p>
---	---	--	--

*Nota:* Tomado de Diaz Colchado & Ramirez Huaroto (2016)

Tabla 6.

*Análisis de marco normativo Internacional que amparan la despenalización del Aborto “Sentimental y Eugenésico” en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal.*

Norma (denominación, fecha de publicación, vigencia)	Contenido literal de la norma	Conclusiones
<b>Convención Americana de Derechos Humanos Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la</b>	<p><b>Según la Recomendación general 24</b>, relacionada al artículo 12 de la Convención de Derechos Humanos en la que señalan que Los Estados Partes también deberían, dar mayor atención a la planificación familiar, previniendo de esta manera embarazos no deseados, y reducir así las tasas de mortalidad sin mayor riesgo.</p>	<p>Esta Convención recomienda de manera necesaria que se debería modificarse la legislación que penalice el aborto impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos.</p>

<p><b>Mujer</b></p> <p><b>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos</b></p> <p><b>Comité de Derechos Humanos</b></p>	<p><b>Según la Observación General No. 28</b> relativo al <b>artículo 3 del Pacto</b> referida a la igualdad de derechos entre hombres y mujeres. Los Estados Partes, al presentar informes sobre el derecho a la vida, amparado en el artículo 6 en el cual deberán precisar las medidas de planificación familiar adoptadas por el Estado parte con la finalidad de evitar embarazos no deseados y recurrir a abortos clandestinos</p> <p>Así mismo el Comité, con el objetivo de evaluar lo establecido del artículo 7 del Pacto, así como del artículo 24, respecto a la protección de los derechos del niño necesita saber si el Estado Parte da a la mujer que ha quedado embarazada como consecuencia de una violación acceso al aborto en condiciones de seguridad.</p>	<p>Este comité recomienda que los Estados partes adopten medidas necesarias con la finalidad de evitar embarazos no deseados y en los casos de embarazos a consecuencia de una violación sexual tengan acceso a una práctica abortiva en condiciones higiénicas y de seguridad</p>
<p><b>Convención sobre los derechos del niño</b></p> <p><b>Comité de los Derechos Niño</b></p> <p><b>Convención Americana de Derechos Humanos</b></p> <p><b>Comité de Derechos Humano</b></p>	<p><b>Observación General No. 4</b> relacionada a la salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño en el que recomienda que los Estados Partes deben adoptar medidas de planificación familiar adecuadas para reducir la mortalidad materna a consecuencia de embarazos no deseados y las prácticas de aborto peligrosas sino por el contrario estableciendo practicas aborricas sin riesgo.</p> <p>El Comité recomienda una modificación de las normas del Código Civil y del Código Penal en atención a lo regulado en el artículo 3 y 26 el Pacto. Señalando que el Perú debe asegurarse de que las leyes relacionadas con la violación, el abuso sexual y la violencia contra las mujeres las protejan de manera eficaz y debe tomar las medidas necesarias para evitar que las mujeres deban arriesgar su vida en razón de la penalización del aborto cuando el embarazo es a consecuencia de una violación sexual lo cual habría generado abortos clandestinos el cual continúa siendo la mayor causa de mortalidad materna en el Perú.</p> <p>Siendo que este Comité señala que la penalización dela borto sentimental y eugenésico son incompatibles con lo regulado en el Pacto Internacional de Derechos Humanos específicamente en sus artículos 3, 6 y 7 del mismo con la finalidad de establecer excepciones a la prohibición del aborto, dado que a consecuencia de ello, se ha visto un alto porcentaje de muertes maternas a causa del aborto; por el simple hecho de que el aborto en casos de</p>	<p>El Comité insta a los estados partes a adoptar medidas necesarias para lograr una planificación familiar y también realizar prácticas abortivas en los casos de embarazos a consecuencia de violación sexual, pero sin riesgo.</p> <p>En ese sentido, el Comité recomienda al Estado Peruano que: Revise su legislación sobre aborto y tome medidas para adicionar las excepciones en casos de embarazos producto de violación o incesto; así mismo adopte así mismo recomendó de manera urgente y en la brevedad posible realice un Protocolo para la realización de prácticas abortivas en el caso de abortos terapéuticos, el cual se actualmente se encuentra despenalizado</p>

	violación o incesto siga penalizado; y por la falta de un protocolo nacional para regularizar la práctica de los abortos terapéuticos dado que si bien está despenalizado no existen protocolos médicos para la realización de su procedimiento.	
<b>Comité de los Derechos del Niño y la Niña</b>	Este Comité está preocupado por la elevada tasa de embarazos precoces y por el número de adolescentes que fallecen por someterse a un aborto por lo que garantiza el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de información dirigidos a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces.	Este Comité recomienda al Estado Peruano adoptar las medidas necesarias para hacer frente a la creciente tasa de mortalidad en el caso de embarazos en adolescentes y menores de edad, dentro ello se estaría proponiendo la despenalización del aborto sentimental y eugenésico en caso de los menores de edad.
<b>Comité contra la Tortura</b>	<p>El Comité señaló que la legislación actual restringe el acceso a interrupciones voluntarias del embarazo, incluso en casos de violación, lo cual ha generado muertes innecesarias de mujeres.</p> <p>El Estado Parte debe tomar las medidas legales, para prevenir de manera eficaz actos que perjudican gravemente la salud de las mujeres proporcionando la atención médica requerida, fortaleciendo los programas de planificación familiar y ofreciendo un mejor acceso a información y servicios de salud reproductiva, incluso para los adolescentes.</p> <p>El Comité muestra su preocupación en el caso Peruano por la penalización del aborto en caso de violación o de incesto, así como por el hecho de que el Tribunal Constitucional prohíba que se administren anticonceptivos orales de emergencia a las víctimas de violación; preocupando más aún que la legislación vigente obligue a los médicos a transmitir a las autoridades información sobre las mujeres que solicitan asistencia médica como consecuencia de un aborto, lo que puede llevar a investigaciones penales; esto genera que en la práctica no se pueda realizar una intervención legal del embarazo.</p>	El Comité le preocupa la cantidad de abortos ilegales ocasionado una alta tasa de mortalidad materna; por lo que la interpretación de qué constituye aborto terapéutico el cual se encuentra legalizado y en la práctica no cuenta con un protocolo médica para su efectivizarían, lo cual continúa conllevando a las mujeres a practicarse un aborto clandestino poniendo en riesgo su salud y su vida.
<b>Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la</b>	Este Comité recomendó al Gobierno Peruano que analizara el motivo de las altas acusas de mortalidad materna provocadas por los abortos clandestinos, así como también revisara la ley sobre el aborto, tomando en	Este Comité señaló que la penalización del aborto está estrechamente ligada con la alta tasa de mortalidad y refiere

	Mujer	consideración las necesidades sanitarias de las mujeres y en ese sentido también se recomendó que se suspendiera la pena en los casos de abortos. Así mismo recomendó a nuestro País que se amplíe la interpretación del aborto terapéutico.	que la tipificación del aborto como delito no hace desistir del aborto, todo lo contrario, hace incrementar un alto índice de mortalidad a consecuencia de ello, sino que también lo hace inseguro y peligroso para las mujeres.
		Por otro lado, el Comité recomendó al Perú que realice una modificación en su regulación jurídica a efectos de que brinden a las mujeres medidas de planificación familiar y a su vez brinde una adecuada atención médica en caso de complicaciones por haberse sometido a alguna práctica abortiva.	
		El Comité pide, además, al Estado parte, que cumpla las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos formuladas en atención con el caso KL contra el Perú. Entre ellos tenemos: Que, el Estado Peruano permita que las mujeres accedan a servicios de calidad en casos de complicaciones a consecuencia de haberse practicado un aborto clandestino, ello con el fin de disminuir el número de muertes por estas causas; así como que examine su interpretación restringida del aborto terapéutico, que es legal, para hacer más hincapié en la prevención de los embarazos en adolescentes y considere la posibilidad de revisar la legislación relacionada con los abortos en casos de embarazo indeseado con miras a suprimir las sanciones que se imponen a las mujeres que se someten a un aborto en casos de violación sexual y en el aborto eugenésico.	
		En este caso, el Comité está preocupado por la falta de una reglamentación nacional que regule las condiciones en que se practican los abortos terapéuticos y por el hecho de que los abortos en casos de embarazos resultantes de violaciones estén penalizados; Así mismo el Comité recomienda al Estado parte que redoble sus esfuerzos para reducir la alta tasa de embarazos de adolescentes, por otro lado este Comité recomienda que se modifique el Código Penal para despenalizar las relaciones sexuales consentidas entre adolescentes y los abortos de embarazos a consecuencia violaciones sexuales.	Este comité también muestra su preocupación sobre el alto índice de mortalidad materna a consecuencia de haberse practicado abortos clandestinos. Así mismo recomienda al Estado parte que establezca un protocolo nacional que regule la práctica de abortos terapéuticos.
	Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales		

*Nota:* Tomado de Diaz Colchado & Ramirez Huaroto (2016)

### **1.3.2. Principio Constitucional de Proporcionalidad**

#### **Aproximación Temática:**

El significado del término “proporcionalidad”, para Fernández Nieto (2009) está referido a lo que es equilibrio, equivalencia y correspondencia entre dos cosas.

En ese sentido y en palabras de Sánchez (2010) el Principio de Proporcionalidad, también conocido por la Doctrina mayoritaria como “proporcionalidad de injerencia”, “prohibición de exceso”, “principio de razonabilidad”, en concreto este es un principio de naturaleza constitucional que tiene como objetivo medir y controlar las injerencias del Poder punitivo del Estado sobre el ámbito de los derechos fundamentales de la persona humana a efectos de que esta injerencia respondan a ciertos criterios de adecuación, coherencia, necesidad y equilibrio entre el fin lícito que se persigue con dicha injerencia y los bienes jurídicos afectados, siendo que esto debería ser compatible con las normas de índole constitucional.

Así mismo en palabras de Castillo (2008) el Principio de Proporcionalidad es un mecanismo hermenéutico que coadyuva a determinar la constitucionalidad ya sea de la intervención, restricción o incluso no intervención de ser el caso, del poder estatal sobre los derechos fundamentales de la persona que ha sido intervenida con la finalidad de lograr el fin lícito de la mencionada intervención.

Entonces diremos que el Principio de Proporcionalidad presenta un fundamento netamente constitucional, dado que su relevancia se encuentra en la intervención del poder punitivo del Estado, puesto que este se establece como filtro de armonía que impide que la actividad del Estado sobrepase los límites exigibles para la obtención de los intereses colectivos cuando los derechos individuales son afectados injustificadamente; por lo que este Principio buscaría conceder justificadamente a cada derecho en conflicto lo que razonadamente le corresponde.

En ese sentido, como señala Fernández (2009) el Principio de Proporcionalidad es uno de los Principios más importantes dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico y es necesaria para la consagración del Sistema Jurídico;

es decir, a medida que una regla ofrece menos libertad de movimiento, la razón que la legitima tiene que ser más fuerte.

Así mismo, el Principio de Proporcionalidad se define en dos dimensiones, respecto a ello, tenemos el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si la intervención penal en un derecho fundamental es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada aspecto ser evaluado independiente, en atención al triple juicio de proporcionalidad integrada por: a) el juicio de adecuación o idoneidad de la medida, b) el juicio de necesidad o indispensabilidad de la medida y c) un juicio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto de los derechos fundamentales en conflicto. Siendo que, por otro lado, respecto al sentido estricto, refiere que se trata de un juicio valorativo que se limita a la ponderación de los derechos en conflicto y que juegan en sentido contrario.

Por su parte, Bernal (2007) añade que mediante la aplicación del Principio de Proporcionalidad se determina el contenido esencial del derecho, y además, señala que no existe otra manera de determinarlo que con ello.

En definitiva, luego del análisis de los referidos autores se concluye que el principio de proporcionalidad es un principio estructural y de suma importancia en el Derecho que tiene como objetivo principal establecer límites a las actuaciones de los operadores de justicia con el objetivo de evitar lesiones futuras a derechos fundamentales que puedan verse afectados, ante un conflicto de derechos, es decir el Principio de Proporcionalidad busca el equilibrio entre la pena que se aplica y la gravedad del delito siempre protegiendo el bien jurídico.

#### **a) Clasificación**

El Principio de Proporcionalidad presenta un triple juicio. Nuestro Tribunal Constitucional Peruano en su Expediente N° 0012-2006-PI/TC ha indicado que debido a la propia naturaleza el principio de proporcionalidad como mecanismo de control, su vulneración va estar vinculada con la vulneración de un derecho fundamental de naturaleza constitucional (siendo que estos últimos vendrían a ser un fin en sí mismos).

En ese sentido si se logra a determinar que una medida de intervención es desproporcionada o desequilibrada., con ello no se estaría vulnerando sólo el Principio de proporcionalidad sino el derecho fundamental vinculado o intervenida con dicha medida.

En consecuencia, el Principio de Proporcionalidad, es un mecanismo indispensable para la evaluación sobre la constitucionalidad o no de los derechos en conflicto, cuando pretendan limitar un derecho fundamental, por parte de los poderes públicos, motivo por el cual se requiere analizar y aplicar adecuadamente los siguientes sub principios que forman parte de este Principio Constitucional, ello con la finalidad de:

i) Determinar si la medida estatal (Penalización del aborto sentimental y Eugenésico) que limita un derecho fundamental (libre desarrollo de la personalidad de la mujer) es idónea para conseguir el fin constitucional (protección del derecho a la vida del concebido) que se pretende con tal medida;

ii) Determinar si la medida estatal es estrictamente necesaria; y,

iii) Determinar si el grado de limitación de un derecho fundamental (libre desarrollo de la personalidad de la mujer) por parte de la medida estatal (Penalización del aborto Sentimental y aborto eugenésico) es *proporcional* con el grado de realización del fin constitucional (protección del derecho a la vida del concebido) que orienta la medida estatal”.

En ese sentido y para desarrollar mejor sobre el Principio Constitucional de Proporcionalidad es menester esquematizarlo de la siguiente mapa conceptual; Así mismo también es prescindible señalar el desarrollo sobre el Análisis de marco normativo Internacional y de la Jurisprudencia Comparada sobre la Aplicación del Principio de Proporcionalidad que se describe a continuación en la Tabla 7 del presente trabajo de investigación.



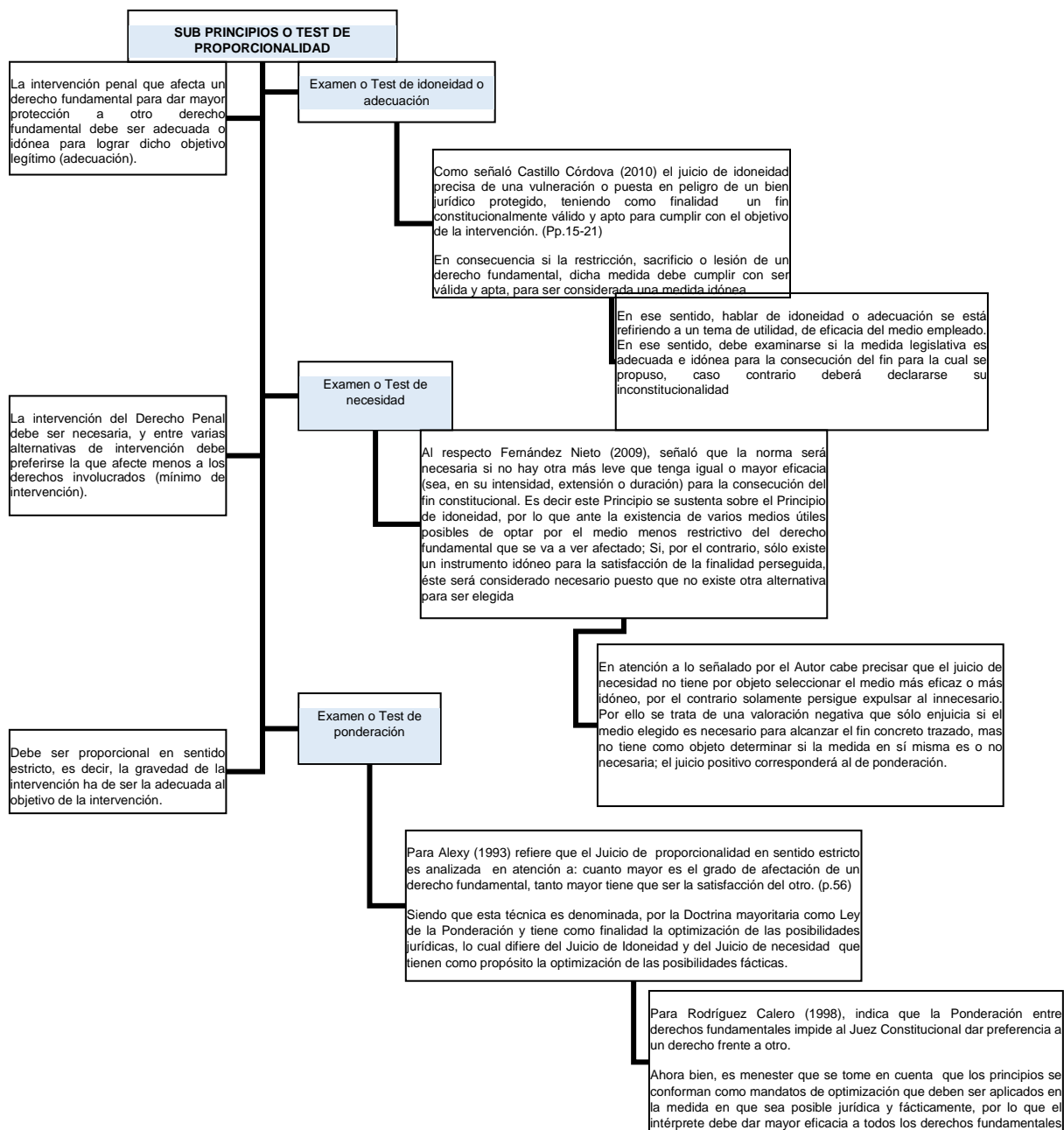


Figura 6. Sub principios del Principio de Proporcionalidad

Nota: Tomado del blog de Becerra Suárez (2015)

Tabla 7.

*Análisis de la Normatividad y de la Jurisprudencia comparada respecto a la regulación de la Aplicación del Principio de Proporcionalidad.*

<b>País</b>	<b>Referencia Bibliográficas</b>	<b>Contenido sentido de la norma</b>	<b>Semejanzas con nuestra legislación</b>	<b>Diferencias con Nuestra Legislación</b>	<b>Comentarios</b>
<b>Alemania</b>	Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán (artículo 28.1 de la ley fundamental de Bonn )	Actualmente la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán refiere que el Principio de Proporcionalidad resulta especialmente delicado en el ámbito del Derecho penal, en el que es indispensable establecer objetivamente la descripción típica y la penalidad; motivo por el cual, en materia penal se ha prohibido la interpretación por analogía así como también ha llegado a establecer el principio de irretroactividad penal y el principio de la no doble incriminación	Nuestra Legislación Peruana habría adoptado el principio de proporcionalidad cuya tradición u origen correspondería al derecho continental Alemán y europeo.	No existe alguna diferencia sustancial entre ambas Legislaciones sobre la regulación y el tratamiento Jurisprudencial del Principio Constitucional de Proporcionalidad dado que el origen de la consagración del Principio de proporcionalidad como principio constitucional y aplicado dentro de un proceso penal surgió en Alemania en el siglo XVIII.	El principio de proporcionalidad vendría a ser un mecanismo constitucional indispensable para controlar la intervención de los poderes públicos en las libertades y derechos fundamentales cuando se encuentran en conflicto entre los mismos, así mismo es un Principio que sirve de complemento con el principio de determinación y de claridad normativa propio de la Constitución Alemana.
	Tribunal Constitucional Español (STC 66/1985)	Para este Ordenamiento Jurídico, el Principio Constitucional Español la interdicción de la arbitrariedad garantizada por la Constitución española. Siendo que esta interdicción de la arbitrariedad hace referencia a una prohibición de exceso, así como la obligación de aplicar la razonabilidad y proporcionalidad cuando se trata de Derechos Constitucionales, exigiendo una ponderabilidad de los medios empleados con el fin perseguido, ello para evitar el sacrificio innecesario de los derechos fundamentales.	Que nuestra Constitución Política actual así como la Constitución política de 1979 tuvieron como fuente principal a la Constitución Española de 1978, por lo que en ambas Legislaciones están orientadas a las Doctrinas referidas a la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales	En la Constitución Española, no hay mención expresa al principio de proporcionalidad como criterio para determinar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades públicas. Sin embargo esto no quiere decir que el principio de proporcionalidad no tuviera carta de naturaleza en el Derecho español: era un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y clásico en	El Tribunal Constitucional Español en referencia al principio de proporcionalidad señala que la norma desproporcionada vulnera los principios fundamentales a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho; siendo que el principal objetivo del Principio Constitucional de Proporcionalidad radica en limitar la intervención del Poder público sobre los derecho fundamentales afectados por dicha intervención arbitraria.
<b>España</b>	Constitución española en el artículo 1.1	Por otro lado, el Ordenamiento Jurídico español consagra dentro de su Ordenamiento	En ese sentido también es menester mencionar que el Tribunal Constitucional peruano se fundamenta o es influenciado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, al momento de adoptar criterios		

Francia	Jurisprudencia del Conseil Constitutionnel	<p>Constitucional que es un Estado social y democrático de Derecho, que establece como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.</p> <p>En la Jurisprudencia de Francia, Bélgica, Polonia y España el principio de proporcionalidad más conocido como <i>proportionnalité</i> como así se le conoce en dicho país, jurisprudencia del <i>Conseil Constitutionnel</i>.</p>	<p>jurisprudenciales.</p> <p>En la Legislación Francesa desarrollan el Principio Constitucional de Proporcionalidad mediante la Jurisprudencia del Conseil Constitutionnel, es decir la desarrollan de manera implícita, dado que no está regulado en su Constitución Política de manera expresa, como si lo es en el caso Peruano que desarrolla este Principio de manera expresa en nuestra Constitución Política y a nivel Jurisprudencial.</p>	<p>la doctrina del derecho penal en su vertiente más específica de principio de proporcionalidad de la pena español.</p> <p>La Diferencia radica en que en nuestro Ordenamiento Jurídico si está regulado este Principio en el Art. 200 de la C.P: referidas a las Garantías Constitucionales (Habeas Corpus, Data, Amparo, Inconstitucional, Popular y de Cumplimiento).</p>	<p>El referido Principio Constitucional en Francia es reconocido implícitamente como la justicia y libertad, dignidad de las personas y derechos inviolables y la arbitrariedad de los poderes públicos.</p>
	Constitución Política de Gran Bretaña y Jurisprudencia	<p>En un inicio el Principio de proporcionalidad en este país no fue aplicado por el Legislador en atención al Principio de Soberanía del Parlamento. Por lo que en atención a ello, se imposibilitaba el ejercicio de control de constitucionalidad de las leyes, y por ende impide la primacía de la proporcionalidad sobre el legislador.</p> <p>Sin embargo en la actualidad ello ha sido modificado dado que ahora si se permite a los jueces controlar la actuación de todos los poderes públicos, incluido el legislador, ello en base al mecanismo de control que proporciona el Principio de Proporcionalidad</p>	<p>Tanto para el Estado de Derecho Peruano como para el Estado Constitucional de Gran Bretaña han sido influenciados con el aporte de la aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, siendo que este principio se fundamenta en la medida que al sujetarse el poder político a la Constitución, se sujetan también los dispositivos constitucionales que reconocen derechos y libertades obligando a un respeto de los mismos y que de darse el caso que la afectación de los derechos sea</p>	<p>En nuestro Ordenamiento Jurídico si está regulado este Principio en el Art. 200 de la Constitución Política referidas a las Garantías Constitucionales (Habeas Corpus, Data, Amparo, Inconstitucional, Popular y de Cumplimiento), los cuales examinan la razonabilidad y la proporcionalidad del acto restrictivo.</p>	<p>El principio de proporcionalidad es reconocido implícitamente en la Constitución Francesa, dado que en sus dispositivos constitucionales solo hacen mención a la justicia y libertad, dignidad de las personas y derechos inviolables, ello con la finalidad de controlar la arbitrariedad de los poderes públicos.</p>

<b>México</b>	Artículo 18 y 22 de la Constitución federal Mexicana.	El Principio de Proporcionalidad de las Penas se encuentra plasmado en la Constitución Política de Mexicana “en la que se proscriben las penas de muerte (en todos sus aspectos), así como la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas, siendo que estas penas antes mencionadas deberán ser proporcionales al delito que sancione y al bien jurídico afectado”.	razonable y equilibrada. En nuestro Ordenamiento Jurídico al igual que el Ordenamiento Jurídico Mexicano regulan al Principio de Proporcionalidad Constitucional, ello responde a una necesidad de evitar de manera desmedida las sanciones que conllevan una privación o una restricción de la libertad, con la finalidad de proteger bienes jurídicos valiosos.	No existe alguna diferencia sustancial entre ambas Legislaciones sobre la regulación y el tratamiento Jurisprudencial del Principio Constitucional de Proporcionalidad.	El principio de proporcionalidad en la mayoría de legislaciones ha sido introducido como un mecanismo de control sobre las intervenciones del aparato estatal a efectos de que no haya una desmedida vulneración a un derecho fundamental es decir no sea más que excesivo al fin mismo de la pena.
<b>Colombia</b>	Constitución Política de Colombia y Jurisprudencia de la Corte Colombiana	En el Ordenamiento Jurídico Colombiano no se reguló el Principio de Proporcionalidad; sin embargo dentro de la Jurisprudencia Colombiana si se aplicó el test de proporcionalidad en los casos de conflictos entre derechos fundamentales, ello bajo una influencia alemana.	En ambas legislaciones hacen referencia al Principio de Proporcionalidad el cual se divide en tres sub principios de idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.	En el Perú en su artículo 200 de la Constitución peruana refiere sobre el Principio de Proporcionalidad como un criterio judicial de revisión de los actos impugnados a través de las acciones de constitucionalidad, y ha sido aplicado por nuestro Tribunal Constitucional.	El principio de proporcionalidad, en su variante de la interdicción del exceso, es el criterio para controlar la constitucionalidad de la ley en el marco de estas relaciones, siempre desde el punto de vista de la afectación del derecho de defensa. Otra variante del principio de proporcionalidad es la prohibición de protección deficiente, que se aplica para determinar si las omisiones legislativas, que no ofrecen un máximo nivel de aseguramiento de los derechos de protección, constituyen violaciones de estos derechos.
<b>Chile</b>	Jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile (TC). Constitución Política Chilena de manera implícita en los artículos (6, 7 y 19).	Es preciso señalar que en la Constitución chilena no consagra norma que establezca expresamente el principio de proporcionalidad, aunque puede entenderse implícito en las reglas del Estado de Derecho al establecerse las garantías constitucionales y la regulación de un principio que proscribía las conductas arbitrarias.	En ambos Ordenamientos Jurídicos se aplica el Principio de Proporcionalidad en caso de Conflictos de derechos.	La proporcionalidad como principio implícito en la Constitución chilena mientras que en nuestro Ordenamiento Jurídico esta expreso.	Este Principio está regulado de manera implícita dentro de este Ordenamiento Jurídico, regulando las garantías constitucionales para la defensa de los derechos fundamentales y a su vez proscribiendo las conductas arbitrarias al aplicar el Derecho.

<b>Brasil</b>	Jurisprudencia Brasileña	En la Constitución federal Brasileña no reconoce este Principio Constitucional expresamente, Pero su Doctrina si lo establece como una norma implícita propio de un Estado de Derecho y que el mismo derivaría de otros derechos como el derecho al debido proceso. Siendo que pese a no estar expresamente establecido este Principio, la Jurisprudencia Brasileña lo ha reconocido y e incluso lo ha aplicado e sus fallos	En ambos Ordenamientos Jurídicos de Perú y Brasil se aplica el Principio de Proporcionalidad en caso de Conflictos de derechos y la principal fuente de desarrollo es la Jurisprudencia, así mismo siguen la Doctrina Alemana.	En nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentra expresamente regulado dentro del artículo 200° de la C.P: Garantías Constitucionales; sin embargo en la Legislación Brasileña solo lo desarrollan a nivel Jurisprudencial.	Para el Ordenamiento Jurídico Brasileño el Principio de Proporcionalidad de fundamenta en que ningún derecho es absoluto frente a otro, y es mas todo derecho fundamental tiene la posibilidad de ser limitado quedando como punto a analizar sería el procedimiento para limitar un derecho fundamental.
	Jurisprudencia Peruana	El Tribunal Constitucional Peruano conceptualiza al Principio de Proporcionalidad como un principio general del derecho expresamente regulado, y que debe ser analizado en cualquier ámbito de nuestro Derecho, ya que ello sirve para analizar cualquier acto restrictivo o limitativo de un derecho subjetivo de la persona, independientemente si está regulado expresamente o no.	El Principio de proporcionalidad se fundamenta en el hecho de que no existe ningún derecho absoluto sino por el contrario todos los derechos son susceptibles de ser limitados, y lo cuestionable solo es determinar cuáles serían los requisitos para limitar un derecho de orden constitucional; debiendo precisar que con este Principio se busca lograr que todos los derechos fundamentales sean compatibles en la medida de lo posible.	En el ordenamiento jurídico peruano, y a diferencia de lo que ocurre en las Constituciones alemana y española, se ha previsto en un dispositivo constitucional la existencia del principio de proporcionalidad, así como también el artículo 200 de la constitución política establece la posibilidad de interponer una serie de acciones constitucionales cuando se vean restringidos o suspendidos algún derecho fundamental.	En consecuencia el Principio de Proporcionalidad para nuestro estado peruano constituye el límite del límite de los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en derechos fundamentales. Debiendo precisar que en varias constituciones de América Latina, se encuentra regulado expresa o implícitamente el principio de proporcionalidad.
<b>Perú</b>	Exp. 0010–2000–AI/TC, de 03 de enero de 2003, f. j. 138.				

*Nota:* Tomado de Diaz Colchado & Ramirez Huaroto (2016)

Con este marco teórico procederemos a analizar si la prohibición penal del aborto en casos de embarazo a consecuencia de una violación sexual y en casos de malformaciones congénitas físicas y psíquicas incompatibles con la vida extrauterina es válida o no desde una perspectiva constitucional y estaríamos ante una clara Inconstitucionalidad de estos tipos penales; en ese sentido se procede a realizar la Aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad a través de los sub principios de idoneidad, necesidad y ponderación sobre la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico .

### **Aplicación del principio de proporcionalidad en la penalización del aborto Sentimental y Eugenésico**

En ese sentido es menester señalar que el Principio Constitucional de Proporcionalidad vendría a ser una técnica utilizada por diversos Tribunales a nivel mundial para solucionar problemas de antinomias de principios (contradicciones normativas de principios) o conflictos de Derechos desarrollados así, en las Teorías de los grandes Doctrinarios como: Prieto Sanchís, Guastini y Robert Alexy quienes explican la importancia de la aplicación de este Principio de Derecho ante la existencia de conflicto de derechos constitucionales.

En ese sentido Alexy(1980) señaló que:

Ante la coexistencia de dos principios contrapuestos dentro de un mismo Ordenamiento Jurídico entran en colisión, en la cual mediante un principio prohíbe algo el otro principio lo permite; en este caso necesariamente uno de estos dos principios tiene que ceder frente al otro, con lo que no se estaría llegando al extremo de afirmar que se deba declarar la invalidez de este Principio desplazado, ni que dentro de éste Principio desplazado se haya que introducir alguna cláusula de excepción, pero lo que si sucede a consecuencia de ello es que generalmente es que bajo ciertas circunstancias uno de los principios es precedido por el otro o en su defecto el tema de la precedencia debería ser solucionada de manera inversa(p.329).

Aunado a lo anterior y en esa misma línea Pietro Sanchís(1977)refirió:

Que, lo que se busca con la acepción de Ponderación es el equilibrio entre el peso de las cosas; siendo que en el mundo jurídico existen conflictos entre interés o bienes jurídicos, es decir diferentes normas que suministran justificaciones distintas al momento de pretender adoptar una decisión; siendo que en este mundo jurídico lo último que se encuentra es equilibrio entre estas razones o normas, sino que por el contrario lo habitual en una ponderación es que resuelva en el triunfo de alguno de ellos en el caso concreto, pero precisa que donde si debe existir un equilibrio en el plano abstracto, es decir en un primer momento se debe tratar de bienes jurídicos del mismo valor, caso contrario no habría que ponderar; en consecuencia lo que se pretende obtener con la Ponderación es adoptar la mejor decisión escogiendo el bien jurídico de mayor valor.(p.135)

Por otro lado, Guastini(1989) quien indicó que:

El conflicto entre derechos es una característica propia de los mismos, de tal manera que ante un supuesto de hecho al que sea de aplicación un Principio X, siempre existirá al menos otro Principio Y que sea aplicable al mismo supuesto de hecho, pero con un resulto adverso al resultado del Principio X, es decir siendo ambos incompatibles para un mismo supuesto de hecho (p.106).

Ahora bien, como hemos podido apreciar luego de estas aproximaciones conceptuales al Principio de Ponderación, los tres autores coinciden al no especificar la existencia de una jerarquía estática respecto a los principios o derechos que se presentan en conflicto, ante lo que podemos señalar contradiciendo la postura del profesor Oré, que si bien existen valores puros pero no se puede hablar de derechos absolutos, dado que no existe una jerarquización estática sobre los mismos, que en estos casos de conflictos de derechos del mismo rango tendrían que ser evaluados en base a la fenomenología es decir actitud relativa de manera particular de cada persona para aproximarse al valor en el caso concreto y en una circunstancia determinada.

Ahora, al hablar del aborto por violación sexual y aborto eugenésico, observamos el conflicto de bienes jurídicos contrapuestos como “libertad” vs. “vida”. En ese sentido y según Robert Alexy como Prieto Sanchís es preciso señalar los pasos de la Técnica de ponderación con la finalidad de conllevar a declarar la inconstitucionalidad de la norma prohibitiva (art. 120 inciso 1 y 2), se establecen de la siguiente manera y en ese orden:

- 1) Que la medida interviniente (penalización del aborto sentimental y aborto eugenésico) tenga un fin constitucionalmente legítimo (salvaguardar el derecho a la vida del concebido), mediante el cual justifique su obstrucción en la esfera del otro Principio o Derecho del mismo valor que el otro, cuya protección busca, ya que de no tratarse de principios del mismo valor no se podría hablar de ponderación.
- 2) Determinar la adecuación e idoneidad de la intervención en pro de lograr el fin constitucionalmente legítimo. Analizando la existencia de la consistencia entre lo que se busca alcanzar con la medida adoptada; es decir la correlación entre el medio y el fin.
- 3) La intervención penal que vaya a generar perjuicios a un bien constitucionalmente protegido (derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) indiscutiblemente tiene que ser necesaria; es decir que no se pueda obtener el fin deseado mediante otras medidas menos perjudiciales o menos gravosas al principio constitucionalmente perjudicado.
- 4) Como último paso está el Juicio de Ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, pretendiendo determinar la existencia de un equilibrio de los beneficios que se produce con la medida limitadora para proteger a un bien constitucional con respecto al perjuicio que se genera al otro bien constitucionalmente protegido; analizando de manera objetiva el grado de afectación del bien constitucionalmente tutelado, por otro lado también se debe determinar el nivel de importancia y urgencia en la satisfacción del otro bien jurídico constitucionalmente protegido, todo ello debe ser analizado a la luz de un caso y circunstancias concretas.



Como ya sea podido diseñar líneas arribas, de manera concreta los pasos preexistentes que se deben seguir de manera clara para lograr determinar la prevalencia de un bien jurídico sobre otro dentro de un determinado caso con determinadas circunstancias; sin embargo en materia Penal y como es atañer el caso materia de análisis (Penalización del aborto sentimental y eugenésico) se precisa de que no solo basta estos 4 pasos anteriormente prescritos sino que ello se tiene que desarrollar dentro de un marco de garantías tal como lo estableció la Corte Constitucional de Colombia al referir: que si bien el legislador tiene una amplia libertad al tipificar determinadas conductas como delitos esta libertad no puede ser irrestricta y bajo su discrecionalidad sino que esto debe ser limitado por los derechos y valores constitucionales, siendo que en el caso Peruano estos Principios constitucionales que garantizan la no irrestricta discrecionalidad del legislador son: el Principio de Fragmentariedad del Derecho Penal (los bienes jurídicos solo merecen protección penal ante los ataques de cierto nivel de gravedad y el Principio de subsidiaridad o de Ultima ratio del Derecho Penal, en la que debe recurrir el Estado para proteger bienes jurídicos.

En ese sentido se procederá a realizar el referido análisis de constitucionalidad de la penalización del aborto sentimental o ético y el aborto eugenésico en el marco de aplicación del Principio de Proporcionalidad.

#### **Análisis de proporcionalidad de la prohibición penal del aborto Sentimental regulado en el artículo 120° inciso 1 del Código Penal.**

En ese punto es menester analizar sobre la medida de intervención en los casos de abortos cuando el embarazo cuya interrupción se realizó es a consecuencia de una violación sexual fuera del matrimonio, tal como está regulada en el inciso 1 del artículo 120° del Código Penal. Por lo que en consecuencia en caso no se cumpla con los presupuestos del mismo, cabe aplicar a la mujer embarazada que ha interrumpido su embarazo una pena no mayor de dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas.

Por lo que en atención a lo señalado, es preciso decir que este tipo penal tiene un contenido especial al establecer el estado civil de la mujer embarazada y el sujeto activo de la violación de la que fue víctima; este presupuesto lo hace

establecer a dicha tipificación como una atenuación de la pena a imponer la cual es una pena no mayor de tres meses siempre que los hechos hubieren sido denunciados o investigados, cuando menos policialmente.

Ahora bien, es menester precisar los derechos constitucionales en conflicto según lo regulado en el inciso 1 del artículo 120° del Código Penal, siendo que el primer derecho vulnerado con dicha tipificación es el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad reconocido en el inciso 1 del artículo 2 de la Constitución.

En ese sentido, la medida de intervención (Penalización del aborto sentimental y eugenésico) vulnera el derecho de libertad de elegir sobre su maternidad, cuando se requiere de interrumpir el embarazo producto de una violación sexual.

En ese contexto Nino (2011) refiere que el derecho al libre desarrollo de la personalidad tiene su razón de ser en la autonomía personal de la mujer.

Adicionalmente, en palabras de Escribens (2012) señaló que:

Con la penalización de estos abortos no solo se estaría vulnerando el libre desarrollo de la personalidad de la mujer, sino que también se estarían comprometiendo otros derechos fundamentales puesto que la violencia sexual tiene un fuerte impacto en la salud mental de las mujeres que la sufren esta violación sexual y que a posterior vendrían a ser sujetos activos del delito de aborto sentimental. (p.54)

Por otro lado, nuestra Constitución en el mismo inciso 1 de su artículo 2 ha regulado que el concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece; por lo que constitucionalmente se le reconoce al concebido una protección a la vida desde la concepción, por considerarse vida humana desde ese momento.

Entonces, al tener por un lado al derecho constitucional de la vida del concebida frente al derecho a la libertad de decidir sobre su maternidad de la mujer (libertad de decidir sobre la interrupción de su embarazo), el cual también

está reconocido constitucionalmente, podemos decir que estamos frente a un conflicto entre derechos fundamentales;

Que como ya se habría señalado anteriormente en atención a la Doctrina y Jurisprudencia comparada y nuestra Jurisprudencia Constitucional, no existe algún derecho fundamental que tenga el carácter de absoluto en cuanto a su protección, dado que todos los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente son susceptibles de ser objeto de limitaciones en pro de favorecer la optimización de otros derechos constitucionales de igual relevancia. Entonces, dado el conflicto que surge entre los referidos derechos constitucionales debe establecerse cuándo prevalece un derecho frente otro.

En ese sentido, la penalización del aborto cuando el embarazo es consecuencia de una violación sexual incide vulnerando en el derecho fundamental de la mujer a decidir interrumpir o no el embarazo (derecho al libre desarrollo de su personalidad); excluyendo de esta manera a dicha conducta de la protección constitucional, al no haberse contemplado estos casos (aborto sentimental) como una excepción a la prohibición penal como si se logró despenalizar en el caso del aborto terapéutico, por lo que podemos llegar en estos casos en particular (art. 120 inc. 1 y 2 del C.P) a la conclusión prematura de que nos encontramos frente a una protección absoluta del derecho a la vida del concebido frente al derecho de la mujer a decidir interrumpir o no su embarazo. Ahora bien, analizar si dicha decisión Legislativa es correcta o no a la luz del ámbito constitucional, es algo que determinaremos en el examen de ponderación que realizaremos a posterior.

Así mismo, es menester precisar que el numeral 1 del artículo 120° del Código Penal establece una pena atenuada de tres meses de privación de la libertad cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio, introduciendo una variable diferenciadora en la norma sanción, pero no en la norma conducta.

Por lo que es necesario proceder analizar de manera conjunta tanto a la norma conducta (prohibición de interrumpir voluntariamente el embarazo cuando

este es producto de una violación sexual fuera del matrimonio) como a la norma sanción (de manera atenuada con tres meses de pena privativa de libertad) son constitucionalmente validas, interrogante que desarrollaremos al culminar con el presente trabajo de investigación; pero nos adelantamos analizando si el fin de esta norma (artículo 120 inciso 1 y 2) es un fin constitucionalmente legítimo, a lo que respondemos afirmativamente puesto que la finalidad de la norma en este estos supuestos, es tutelar la vida tal como está establecido dentro de nuestra Constitución Política inciso 1 del artículo 2.

### **i) Examen o Test de idoneidad aplicado a la tipificación del aborto Sentimental**

En palabras de Lopera (2010) a efectos del análisis del test de idoneidad debe determinarse si acción u omisión descrita en el tipo penal 120° inciso 1 afecta al bien jurídico cuya tutela se pretende.

Por lo que es materia de interrogante si el aborto sentimental como delito tipificado en el artículo 120 inc. 1 del Código Penal lesiona o vulnera el derecho a la vida del concebido, por lo que se concluye que es incuestionable negar que la vida del concebido no dependa de la continuidad del embarazo; siendo que en atención a dicha afirmación se puede concluir que la penalización del aborto sentimental es idónea para lograr la protección de la vida del concebido

Ahora bien, y en atención a la premisa anterior cuando se analiza la idoneidad de la norma de sanción en palabras de Lopera Meza (2010), para este autor es necesario verificar que la pena propiamente dicha sea un medio eficaz para prevenir la comisión de la conducta prohibida penalmente o en otras palabras a lo que llamaríamos determinar si con la penalización del aborto sentimental se estaría logrando la eficacia preventiva de la norma penal cuestionada cumpliendo de esta manera el fin de la pena que es: preventiva, reeducativa y resocializadora( artículo IX del Título Preliminar del Código Penal).

Por otro lado, y en atención a lo referente a las penas es de importante análisis que en el supuesto del aborto de un embarazo a consecuencia de una violación sexual se desprende que en esta tipificación existen dos clases de

penas para un mismo supuesto, al existir un término especial “fuera del matrimonio”, lográndose observar una clara diferencia en el supuesto que el aborto de un embarazo a consecuencia de una violación sexual ocasionado por su esposo dentro del matrimonio (en el caso de tratarse de una mujer casada) será sancionada con una pena privativa de la libertad de hasta dos años o prestación de servicio comunitario de cincuenta y dos a ciento cuatro jornadas, ello en aplicación a lo regulado en el artículo 114° del Código Penal; por lo que se puede deducir que existe un Tratamiento completamente distinto que se da a la mujer fue violada por una persona que no sea su esposo, será sancionada con una pena privativa de libertad no mayor de tres meses (pena atenuada). Así mismo podemos decir que a este tratamiento diferenciador es un acto de discriminación el hecho de que la mujer interrumpa una gestación producto de una violación dentro o fuera del matrimonio no justifica un tratamiento penal más gravoso en un caso como en el otro.

En referencia, a dichas diferenciaciones en la imposición de la pena que presenta este tipo penal materia de análisis debemos tomar en cuenta de acuerdo a lo regulado en el artículo 57° del Código Penal el Juez puede suspender de la ejecución de la pena, con lo que resultaría que la medida de intervención no es idónea con respecto a la aplicación de la pena, incluso de darse el caso dicha pena será eximida según el artículo 68° del Código Penal, con lo cual podríamos señalar que la pena impuesta en este tipo de regulación jurídica, no se trata más que de una pena simbólica que no tiene eficacia preventiva para evitar que siga en aumento la tasa de mortalidad de mujeres a consecuencia de abortos clandestinos.

En conclusión y en atención a la Organización Mundial de la Salud (2011) refiere que la norma sanción impuesta para el caso del aborto sentimental es inconstitucional por no ser idónea y lograr la eficacia preventiva que toda norma sanción tiene como finalidad, en consecuencia, podemos decir que la pena no solo es inconstitucional por no ser idónea para lograr su finalidad, sino que también es inconstitucional por ser discriminatoria por los motivos antes expuestos.

## **ii) Examen o Test de necesidad aplicado a la tipificación del aborto Sentimental**

De acuerdo con Lopera (2010) en el examen de necesidad de la norma de conducta precisa corroborar que no existe alguna otra medida de tipificación que sea idónea para proteger el bien jurídico y que a su vez sea menos lesivo para el derecho fundamental afectado por dicha tipificación de la conducta; es decir con este examen se busca diversas alternativas regulativas que estén referidas al ámbito de lo prohibido solo a las conductas que lesionen o representen un peligro más grave para el bien jurídico, ello con la finalidad de reducir la intervención al derecho de libertad de la mujer que genera la actual tipificación de la conducta catalogada como delito, ello con la finalidad de alcanzar la tutela con una mínima intervención del derecho vulnerado.

Por lo que en este examen, se pretende analizar la existencia de otras alternativas igual de idóneas para lograr la protección de la vida del concebido, pero sean menos lesivas al derecho fundamental de libertad de elección de las mujeres; por lo tanto, podemos concluir que la actual tipificación del tipo penal de aborto resulta ser el único medio capaz de proteger la vida del concebido, puesto que no existe una medida extrapenal que pueda compeler como lo hace con la intervención penal respecto a la continuidad del embarazo, lo cual resultaría que esta tipificación es idónea y necesaria para ello, con lo cual se estaría cumpliendo la finalidad constitucional “protección de la vida del concebido”.

En cuanto al análisis de necesidad de la norma de sanción, Lopera (2010) señala que una cosa es analizar la constitucionalidad del tipo penal conducta, es decir, de la descripción de la conducta prohibida; y otra distinta, pero complementaria, es el análisis de la constitucionalidad de la pena o sanción prevista, puesto que por un lado la prohibición penal del aborto sentimental resultaría ser el único medio para efectivizar la protección del concebido pues no existen medios extrapenales capaces de brindar la misma protección.

En ese sentido, compartimos la posición de la Autora porque somos de la teoría que tanto la previsión legal es necesaria, puesto que la exigibilidad a través

del derecho penal efectiviza la continuidad del embarazo y con ello protege de manera eficaz e idónea la vida del concebido; sin embargo, a ello es menester mostrar nuestra preocupación, ya que nos encontramos ante una clara intervención del Estado mediante el cual se estaría utilizando al derecho penal para afectar la libertad de decisión de una mujer embarazada víctima de violación sexual en atención de tutelar paralelamente al derecho a la vida del no nacido; afirmando que si bien se podría optar por otros medios extrapenales para proteger el bien jurídico “vida” como el establecimiento de políticas públicas de la dación de anticonceptivos orales de emergencia, o de ser el caso programas de asistencia y apoyo a las víctimas de violación con la finalidad que gesten un embarazo adecuado y en las condiciones necesarias, sin embargo éstas políticas tampoco se les puede imponer porque se estaría vulnerando de igual manera el derecho al libre desarrollo de personalidad- recortando su capacidad de decidir como sujetos de derechos que son, ya que para que se pueda ayudar con correctas políticas de apoyo social, primero se tendría que despenalizar este tipo de aborto y la mujer decidir si desea continuar o no con el embarazo; así mismo cabe precisar que con respecto a la dación de anticonceptivos orales de emergencia, este no sería una medida idónea puesto que nuestro Tribunal Constitucional, declaró su inconstitucionalidad prohibiendo su distribución gratuita por considerarla abortiva, ello en atención a un análisis mediocre y arbitrario de análisis de constitucionalidad en la que en ningún momento se le considero al derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer con el contenido esencial propio de un derecho fundamental.

En esa misma línea podemos señalar que en el hipotético caso el Estado implementara algún apoyo estatal como parte de los servicios de atención a las víctimas de violación éste no tiene que ser impositivo, por lo que para todos estos efectos el aborto en estos casos debería estar despenalizado pues son las mujeres quienes deberían decidir o no continuar los embarazos sin ser sancionadas penal o moralmente por ello.

Así mismo con respecto al examen de necesidad a la norma sanción es inútil, en primer lugar, por no haber superado el examen de idoneidad al no

cumplir con una eficacia preventiva, pues los abortos se producen a pesar de su prohibición penal, más allá de la cuantía de la pena.

### **iii) Examen o Test de Ponderación**

Esta tercera y última etapa del análisis en palabras de Lopera Meza (2010) consiste en la ponderación de derechos constitucionales afectados por la penalización del aborto (conducta prohibitiva) y la correspondiente sanción penal, dado que por un lado están los principios que protegen los bienes jurídicos que respaldan la penalización de estos tipos de abortos; en ese sentido con la aplicación del principio de proporcionalidad se busca determinar si con la afectación del primer derecho fundamental afectado se satisface o ve compensado con el grado de afectación de los segundos.

Siendo que en este caso materia de análisis, el conflicto entre derechos fundamentales tiene, por un lado, a la protección constitucional del derecho a la vida del concebido, y por otro, el derecho de la mujer al libre desarrollo de su personalidad; por lo que se pretende descubrir y analizar si el modo en que sea afectan es proporcional y de no serlo sería inconstitucional la tipificación de la conducta prohibitiva (artículo 120 inciso 1).

Como ya se ha mencionado anteriormente, con la Penalización del aborto sentimental genera una imposición a las mujeres a ser madre sí o sí, puesto una postura que la contradiga sería ilegal; por lo que nos atrevemos a decir que en tanto este tipo de aborto se encuentre penalizado recorta y vulnera el derecho a decidir que forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer en gestación, debiendo precisarse que en con la despenalización de este tipo de aborto tampoco se estaría imponiendo a la mujer a someterse a una práctica abortiva, sino que solo se estaría respetando la decisión de la mujer a practicarse el aborto o no, puesto que en la realidad de los casos muchas mujeres optan por seguir su embarazo producto de una violación sexual.

Por otro lado, la Organización Mundial de la Salud (2012) refiere que existe una creciente cifra negra de muertes a consecuencia de abortos clandestinos, por lo que resulta de imperiosa necesidad de que se permita legalmente tomar una



decisión y dado que, a pesar de existir contextos de ilegalidad, las mujeres interrumpen sus embarazos de manera clandestina exponiéndose a un aborto inseguro y muchas veces ocasionando la muerte de estas mujeres.

En ese sentido la Penalización del aborto sentimental tal como se encuentra regulada actualmente y en palabras de Escribens (2012) señaló que:

dicha norma penalizadora instrumentaliza a las mujeres de forma contraria a su dignidad y a su libertad de decisión puesto que al imponerles el embarazo como el único mecanismo legal, la estaría degradando como mero recipiente de una vida prenatal, sin darle la posibilidad de decidir en llevar a cabo o no la consecución de dicho embarazo, anulando de esta forma los derechos fundamentales de la mujer como sujetos de derechos, puesto que la obligan a dejar de ser un fin en sí mismas para convertirse en un instrumento de la vida en gestación.(p.45)

Ahora bien en esa misma línea y en atención a los Tratados de índole Internacional suscrito por nuestro país, señalan que el hecho de obligar a una mujer a continuar un embarazo producto de una violación sexual implica una violación del derecho a no sufrir trato cruel, inhumano contrarios a su dignidad de mujer, norma que está regulada en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, específicamente en su Observación General N° 28 relativa al artículo 3 del Pacto sobre la igualdad de derechos entre hombres y mujeres (2000) ha señalado que con la finalidad de dar eficacia a lo establecido en el artículo 7° del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos se es necesario averiguar si el Perú otorga está cumpliendo el referido Tratado, al otorgar a la mujer que ha quedado embarazada resultado de una violación sexual un adecuado acceso al aborto en condiciones de salubridad; ello nos permite inferir que los Tratado Internacionales suscritos por nuestro país dan permisividad a la práctica abortiva en los casos de embarazos en estos supuestos, dado que si bien una violación sexual genera una afectación tanto física como psicológica en la mujer incluso le podrían generar trastornos mentales

En dicho sentido sobre este tema, Távara (2012), refirió que:

Las mujeres violentadas sexualmente no solo corren el riesgo de adquirir la enfermedad del SIDA, sino también sufren estrés postraumático, depresión, pesadillas, incluso llegan al alcoholismo o drogadicción y en la mayoría de casos existe un latente rechazo de la madre hacia el feto, puesto que ese embarazo es una continuación del abuso sexual primigenio, por consiguiente se configura en un segundo trauma que padece la mujer al sentir la invasión de su cuerpo por un hijo no deseado que lo único que hace en muchos casos es recordarle traumáticamente el momento del abuso sexual, motivo suficiente para generarle sufrimiento, frustración y odio hacia el concebido.(p.98)

Al respecto González (2011) precisó que:

Es absurda la división que nuestro Ordenamiento Jurídico realiza sobre los casos del aborto sentimental (penalizado) y la permisividad del aborto terapéutico, siendo que para este último tipo de aborto se sustentó en base a la protección de la vida y salud de la madre; ahora bien nuestro legislador al penalizar el aborto sentimental no ha tomado en cuenta la salud mental vulnerado en la mujer víctima de violación sexual, el cual puede generar un trastorno de salud mental. (p.32)

En esta línea, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer ha recomendado al Perú revisar y modificar las interpretaciones limitativas del aborto terapéutico, dado que incluso ha declarado responsabilidad internacional de nuestro país por no brindar atenciones médicas a una adolescente que quedó embarazada por violación sexual(caso Karen Llantoy vs. Perú), y su embarazo le generaba un alto riesgo para su vida, sucumbiéndola en una profunda depresión y en daño físico al no permitirle acceder al aborto terapéutico por considerar que su embarazo al presentar un feto anencefálico correspondería un aborto eugenésico, el cual se encontraba penalizado, pese a que llevar a cabo la culminación de ese embarazo le traería graves consecuencias físicas y psíquicas a su salud.

Así mismo tanto la prohibición y sanción penal del aborto sentimental conmueven fuertemente al derecho de salud, específicamente a lo referente al acceso de servicios médicos seguros, dado que en atención al artículo 117<sup>a</sup> sancionan penalmente al personal de salud que participe o desarrolle una práctica abortiva por temor a dicha represalia penal, en consecuencia a ello, muchas mujeres víctimas de violación sexual recurren a prácticas abortivas clandestinas que no cuentan con el personal médico idóneo para ello, o en el peor de los casos ni siquiera son médicos sino solo meros aprendices o incluso las llamadas comadronas quienes ponen en grave riesgo la vida, integridad física y mental de la mujer que acude por desesperación y temor a las sanciones penales a estos medios, lo que en la mayoría de casos ha conllevado a la muerte de estas mujeres, las cuales en su mayoría de casos eran de escasos recursos.

En atención a ello y a lo sostenido por la Jurisprudencia Internacional y Constitucional Comparada se ha logrado determinar que no existe Tratado Internacional alguno en materia de derechos humanos que proteja de manera absoluta el derecho a la vida desde la concepción de forma tal que haga incompatible la despenalización del aborto en estos supuestos, sino todo lo contrario, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6° refiere: “ Se prohíbe la privación de la vida de manera arbitraria ”, es decir se puede despenalizar el aborto sentimental y eugenésico en base a las razones justificantes ya expuestas .

Ahora sin bien como dice la Doctrina mayoritaria la sanción penal en este tipo de delitos es simbólica pero ello no impide que a la mujer víctima de violación sexual pueda ejercer su derecho a decidir libremente en continuar o interrumpir su embarazo, ya que si opta por abortar sería convertida en una delincuente sancionándola más que penalmente sino moralmente, por lo que nos atrevemos a decir que la penalización tanto del aborto sentimental como eugenésico es inconstitucional dado que por las condiciones especiales para cada uno de estos tipos penales el valor del bien jurídico que pretenden proteger es igual de importante que el valor del bien jurídico protegido (derecho a la vida del concebido), generándose una clara desproporcionalidad entre el derecho y el derecho vulnerado afectado (derecho al libre desarrollo de la personalidad de la

mujer), sin que ello genere una gran satisfacción y goce del primero por encima del segundo.

Al respecto para Villanueva (1996) la penalización del aborto en casos de violación sexual genera a la mujer en una disyuntiva entre ser heroína y traer al mundo un hijo no deseado accediendo a la imposición de nuestro Ordenamiento Penal o convertirse en delincuente al ejercer su libre decisión de abortar.

En esa misma línea, podemos concluir que con la despenalización del aborto sentimental que proponemos no implica que las mujeres decidan o se vean necesariamente obligadas a abortar; sino todo lo contrario con esta despenalización se busca devolverles su capacidad de decisión en optar por interrumpir o continuar con el embarazo producto de una violación sexual.

Al respecto, la Penalización del aborto sentimental vulnera una serie de derechos constitucionales y tomando en cuenta que la protección de la vida del concebido no es absoluta, sino que también está sujeta a limitaciones y restricciones, pudiendo concluir que el grado de afectación de los derechos de la mujer no justifica la protección del derecho a la vida desde la concepción. Siendo que las medidas adoptadas en otros Ordenamientos Penales como los descritos en el cuadro de Jurisprudencias Comparadas y el de Legislación Comparadas deben ser consideradas como marco en la evaluación de la ponderación en ese sentido y compartiendo la posición de la Dra. Lopera (2011) al señalar que la prohibición penal de la interrupción voluntaria del embarazo cuando este es consecuencia de una violación sexual, es inconstitucional. (p.64)

Ahora bien y en atención al párrafo precedente en el supuesto de aborto por violación sexual corresponde realizar un análisis sobre tres puntos importantes :1) la violación sexual contra la mujer, implica una afectación masiva a nuestro cuerpo, el cual era considerado como un refugio, propio de nuestra dignidad como persona, dado que al verse vulnerada de tal manera nuestro derecho de libertad, la mujer requerirá de un largo proceso de recuperación física como psicológica para recuperar su propia vida de manera digna; 2) el desarrollo del embarazo producto de violación sexual, implicaría una segunda carga por

parte del Estado impuesta a la mujer víctima en contra de su voluntad , siendo re victimizada por segunda vez, pero en esta ocasión por parte del Aparato Estatal;

3) El aborto a consecuencia de una violación sexual vulnera el derecho a la vida del no nacido, sin embargo debemos tomar en consideración que también ello genera perjuicios para aquella mujer que se somete al aborto, siendo que estas consecuencias perjudiciales que sufre es un trauma que llevara de por vida.

En ese sentido, debemos señalar que la mujer que interrumpe su embarazo producto de una violación sexual, implica que está realizando una acción delictiva a consecuencia de dos vulneraciones previas y consecutivas de la que fue víctima como la del derecho a la libertad (libertad sexual )y su derecho a su autodeterminación(libertad de determinar su proyecto de vida), en pocas palabras la acción delictiva que afecta al derecho a la vida es una consecuencia de dos vulneraciones previas y continuas al derecho de libertad de la mujer.

Por lo que, en ese sentido se debe aplicar el test o examen de ponderación que se armonice con la Justicia, el cual es la base del Derecho dado que se enmarca en él desde sus inicios; por lo que si bien el aborto sentimental, si se estaría afectando el derecho a la vida del concebido y su consecuente proyecto de vida, pero, por otro lado, está la mujer víctima de violación sexual, quien está siendo instrumentalizada hasta en tres oportunidades en un mismo proceso, por lo que al ser una especie de instrumentalización colectiva no podría ser llamada Justicia.

En conclusión, decimos que la intervención del Derecho Penal en este supuesto, no supera el test de ponderación; dado que se debe tomar en cuenta al Principio de Justicia como base del Derecho, es decir el Legislador debe tomar en cuenta que los bienes jurídicos no serán los mismos, en todos los casos y para todos los humanos, en este punto decimos que a la mujer que ha sido víctima de violación sexual, no se le puede solicitar que acepte armoniosamente valoraciones externas de lo que supuestamente es justo, sin que se tome en consideración las injusticias de la que ella fue previamente víctima.

---

### **Análisis de proporcionalidad de la prohibición penal del aborto Eugenésico regulado en el artículo 120° inciso 2 del Código Penal.**

En este caso al igual que en el supuesto del aborto sentimental, también existe un conflicto de derechos, dado que por un lado está el derecho constitucional del libre desarrollo de su personalidad, específicamente sobre el derecho a decidir libremente su maternidad versus el derecho constitucional de protección a la vida del concebido desde la concepción; siendo que respecto a este último derecho existiría un tema especial: “vida inviable fuera del vientre materno”. Ahora bien y en ese sentido procederemos a analizar la regulación del artículo 120° inciso 2 del Código Penal en el marco de aplicación del Principio de Proporcionalidad, procediendo a realizar los tres exámenes de valoración para determinar si dicha regulación jurídica (Penalización del aborto Eugenésico) es o no inconstitucional.

#### **i) Test o Examen de Idoneidad:**

Respecto al análisis de la norma de conducta; decimos que tal como está redactado el supuesto de hecho es una medida idónea para lograr de manera eficaz la protección del bien jurídico vida prenatal, dado que la protección se enmarca a la vida intrauterina desde la concepción.

En segundo lugar en cuanto respecta a la norma de sanción, para este tipo penal materia de análisis debemos tomar en cuenta lo regulado en el artículo 57° del Código Penal el Juez puede suspender de la ejecución de la pena, con lo que resultaría que la medida de intervención no es idónea con respecto a la aplicación de la pena, incluso de darse el caso dicha pena será eximida según el artículo 68° del Código Penal, con lo cual podríamos señalar que la pena impuesta en este tipo de regulación jurídica, no se trata más que de una pena simbólica que no tiene eficacia preventiva para evitar que siga en aumento la tasa de mortalidad de mujeres a consecuencia de abortos clandestinos.

---

En consecuencia, decimos que respecto a este tipo penal al igual que el tipo penal precedente, la prohibición penal (conducta) supera el test o examen de

idoneidad, pero la sanción es inconstitucional pues no es idónea para impedir que se sigan produciendo este tipo de abortos.

## **ii) Test o Examen de Necesidad:**

En este punto, el examen de necesidad sobre la norma de conducta (tipificación del aborto eugenésico) lo que se busca es determinar la existencia o no de otros medios de tipificación menos lesivos al derecho fundamental intervenido (derecho a la libertad de la mujer) y de darse el caso que estas otras tipificaciones menos lesivas sean igual de idóneas para lograr el fin que la justifica (protección de la vida del concebido); por lo que aquí nos atrevemos a afirmar al igual que en el caso del aborto sentimental, no existe alguna otra alternativa idónea para lograr eficazmente la protección al derecho del concebido, dado que esta prohibición penal lo que busca es garantizar el desarrollo de la gestación el cual sería el único medio necesario para la preservación de la vida prenatal.

Sin embargo pese a que esta regulación prohibitiva es el único medio idóneo y necesario para lograr la protección del concebido, no podría existir justificación alguna para que vía prohibición penal (penalización del aborto eugenésico), las mujeres se vean impedidas a decidir si prosiguen o no con su embarazo, cuando medicamente mediante un correspondiente Informe se ha llegado a determinar la inviabilidad extrauterina del feto, dado que aquí no se podría hablar de protección a la vida del concebido, siendo que ello será resuelto mediante el test de ponderación.

En cuanto a la norma de sanción, es innecesaria pues no impide que los abortos se realicen, ello bajo la misma premisa que el análisis realizado para el caso del aborto sentimental.

## **iii) Test o Examen de Ponderación**

En este examen o test lo que se busca es balancear los bienes constitucionales en conflicto (derecho a la libertad vs. Derecho a la vida), siendo que con la conducta prohibitiva se afecta directamente al derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante (libertad de decisión sobre su

maternidad), pero también es menester precisar que no todas las mujeres embarazadas bajo estos supuestos deciden abortar, ello por sus marcadas concepciones morales, religiosas o de otra índole; en ese sentido Grether (2008) refirió que:

De acuerdo a su experiencia profesional en México, la mayoría de mujeres bajo estos supuestos (cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento, graves taras físicas o psíquicas siempre que exista un diagnóstico médico), se decidió a practicarse un aborto eugenésico en base al diagnóstico cromosómico severo. (p.38)

Aunado a ello, es menester precisar que esta Penalización del aborto eugenésico estaría instrumentalizando a las mujeres atentando contra su dignidad esto afectando su intangibilidad moral, a lo según la Corte Constitucional Colombiana llamaba someter a las mujeres a tratos crueles, inhumanos y degradantes, por el hecho de que esta tipificación del aborto eugenésico excede lo que por moral y justicia se puede exigir, puesto que no solo se le impone a la mujer la carga de un embarazo que se conoce que no será viable extrauterinamente, sino que aunado a ello, le añade la carga de soportar ver nacer a su hijo y verlo morir que por su grave malformación es inviable.

Ahora bien, un embarazo de un feto con malformaciones incompatibles con la vida extrauterina como la mayoría se tratan de casos de anencefalia, de por sí, causa una fuerte conmoción tanto físico como psicológico en las mujeres, puesto que éstas generarían un sentimiento de culpa hacia ellas mismas siendo una seria amenaza a su autoestima.

Por otro lado, la división que se realiza entre la permisión del aborto terapéutico y la penalización del aborto eugenésico es absurdo, puesto que en ambos casos se afectan la integridad y salud de las mujeres, con la diferencia que en supuesto si está permitido y en el otro no, en ese sentido según Gonzales (2008) hablamos de la protección de la salud de la mujer de manera integral ello implica que un diagnostico medico negativo respecto a la salud del feto también puede afectar la salud mental de la mujer. (p.141), afirmación que también es



planteada y reafirmada por el Taller de las sociedades médicas realizada en el Perú en el año 2005.

Conforme a lo expuesto nos encontramos frente a una tipificación que protege el derecho a la vida del concebido de manera absoluta, con lo que no estamos de acuerdo puesto que el grado de protección del concebido no justifica el grado de afectación de los derechos constitucionales de libre desarrollo de la personalidad: específicamente el derecho a la dignidad, integridad y salud de las mujeres lo cual no tiene sentido ya que se está protegiendo una vida que será inviable al encontrarse fuera del útero materno o con un máximo de unas horas de vida. En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia, mediante su sentencia Constitucional N° 01589-2011-CCC refiere que el deber del Estado respecto a la protección del nasciturus pierde consistencia por estar frente a una vida inviable, lo cual habría motivado que se prevalezcan los derechos de la mujer no pudiendo el Legislador coaccionarla mediante una sanción penal para poder decidir llevar o no al término su embarazo de un feto que presenta malformaciones físicas o psíquicas y que hagan inviable su vida fuera del vientre materno según un informe médico que lo describa como tal, según certificación médica.

A manera de conclusión, la Penalización del aborto eugenésico, es decir, de la interrupción voluntaria del embarazo cuando se ha determinado médicamente que el feto presenta malformaciones que lo hacen incompatible con la vida extrauterina, por ende, ello es inconstitucional.

Tabla 8.

*Evolución Histórica del Aborto Sentimental y Eugenésico en el Perú*

<b>Códigos Penales</b>	<b>Descripción</b>	<b>Comentarios</b>
<b>Código de Santa Cruz ART. 517</b>	Se penaliza el aborto de 1 a 2 años de reclusión cuando la mujer embarazada aborta usando cualquier tipo de medios; pero si se trata de una mujer soltera o viuda no corrompida y que tenga buena reputación y que se llegara demostrar mediante juicio que haya abortado con la finalidad de esconder su fragilidad	Es preciso señalar que en el tiempo de la dación de esta norma penal aún no se daba un trato igualitario a las mujeres, dado que si bien en esta tipificación no establecían al aborto sentimental ni al eugenésico como figuras atenuantes, solo se tomaba en cuenta como figura atenuante que la mujer que ha aborta haya sido soltera o viuda y de buena reputación
<b>Código Penal de 1863 ART.243 en concordancia con el ART. 32</b>	Se penaliza a la mujer que dolosamente se produjera el aborto o permitiera que un tercero se lo realice con su consentimiento será sancionada con 4 años de prisión; sin embargo si la mujer fuese de buena reputación y lo realizara con la finalidad de esconder su fragilidad se impondrá una pena atenuada rebajada en un grado de la pena base.	Esta regulación responde al modelo del Código de Santa Cruz puesto que para atenuar la figura del aborto solo toma en cuenta la buena reputación de la mujer; no regula ni el aborto sentimental ni el eugenésico.
<b>Código Penal de 1924 (artículo 159°-164°)</b>	En este Código se sancionaban penalmente todo tipo de aborto provocado por la mujer o con consentimiento de ella por un tercero, cuya sanción establecía no mayor a 4 años de prisión; no precisándose ninguna figura atenuante; precisándose que el aborto terapéutico si estaba permitido porque no se encontraba tipificado	En este caso, todos los tipos de abortos regulados por el Código eran sancionados penalmente no cabía la figura de la atenuación
<b>En 1969, se promulgo el Código Sanitario (Artículo 20°)</b>	La represión del aborto se encontraba sancionado, estableciendo que no era sancionado penalmente el aborto terapéutico	A diferencia del Código anterior e, este Código si replicaba que el aborto terapéutico no era sancionado
<b>En 1981, se emite el Decreto Legislativo N°121</b>	Este Cuerpo normativo indicaba de manera clara la permisión del aborto terapéutico en caso no haya otro medio para salvar la vida de la madre.	Es este Código se indicaba de forma expresa que se permitía el aborto terapéutico de no haber otro medio para salvar la vida de la madre o si el llevar a cabo el embarazo generará un daño en su salud grave y permanente.
<b>Código de 1991 (artículo 120)</b>	Específicamente en el artículo 120° trata el aborto sentimental y eugenésico señala que ambos tipos penales serán sancionados penalmente con una pena no mayor a tres meses, la cual es una pena simbólica	El Código de 1991 como regla general penaliza el aborto o en la mayoría de sus tipos, pero también reconoce la legalidad del aborto terapéutico y recoge como figuras

---

**inciso 1 y 2)** cuando el embarazo sea consecuencia de violación sexual fuera de matrimonio o inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera de matrimonio, siempre que los hechos hubieren sido denunciados policialmente, y en el caso del aborto eugenésico se describe que la referida pena será impuesta cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico.”

atenuantes de los abortos sentimental y eugenésico, ello en base a las especiales circunstancias en el que se desarrollan cada uno de estos tipos de abortos.

**Conclusión:**

Como podemos observar hasta nuestra actualidad el único tipo de aborto que ha sido despenalizado es el aborto terapéutico ello en base a argumentos de salvaguardar la vida de la madre cuando el embarazo le genera un daño a su salud de manera permanente y grave; es decir para este supuesto se prevalece el derecho a la vida y salud de la madre frente al derecho a la vida del concebido; argumento que solo se limita para este supuesto lo cual deviene en injusto puesto que tanto en el aborto sentimental y eugenésico por tratarse de circunstancias especiales donde la salud física y psicológica y la vulneración a su libre autodeterminación se ven entropuestas, aquí se prevalece la vida del concebido; hecho que resulta injusto para la mujer; Ahora bien es menester hacer hincapié que si bien en nuestro Ordenamiento Jurídico Penal se ha permitido el aborto terapéutico, este no cuenta con una reglamentación o directivas médicas que le permitan desarrollarse a nivel de hospitales estatales, lo cual continuaría siendo una latente vulneración al derecho de la mujer como se ha visto en las demandas que ha sufrido el Perú el caso de Karen LLamtop y el caso de KL contra el Perú ante estamentos Internacionales, el cual recomienda al Perú hacer efectiva y adoptar medidas para hacer efectiva la despenalización del aborto terapéutico así como ampliar la despenalización en los casos del aborto sentimental y eugenésico; hechos a los que nuestro Ordenamiento Jurídico sigue haciendo caso omiso.

---

*Nota:* Tomado de Diaz Colchado & Ramirez Huaroto (2016)

## **1.4 Formulación del problema**

### **1.4.1 Problema general**

¿En qué medida la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico es inconstitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer?

### **1.4.2 Problemas específicos**

#### **Problema específico 1.**

¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del Principio de Proporcionalidad?

#### **Problema específico 2.**

¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del Principio de Proporcionalidad?

#### **Problema específico 3.**

¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de ponderación en aplicación del Principio de Proporcionalidad?

## **1.5 Justificación**

### **1.5.1 Justificación Teórica:**

La tesis a realizar sobre la Inconstitucionalidad de la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico en el marco de Aplicación del Principio de Proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017, responde a la necesidad de lograr la Despenalización del aborto sentimental y Eugenésico por ser inconstitucional en ese sentido, la presente investigación tiene como propósito el Análisis de Proporcionalidad de la intervención del Derecho Penal en la conducta prohibitiva (artículo 120° inciso 1 y 2), y determinar si tanto la tipificación de la conducta prohibitiva así como el tipo y cuantía de la sanción empleada por el legislador son medios adecuados y necesarios para la protección del derecho

constitucional a la vida del concebido y a su vez esté bien justifique el grado de lesión del derecho al libre desarrollo de su personalidad (libertad de decisión, derecho a la salud física y mental, dignidad).

En concreto, la Justificación de esta investigación representa un tema de amplio debate en nuestra sociedad ya que genera un conflicto derechos fundamentales como lo son: el derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad, a la salud y el derecho a la libertad y autonomía a decidir sobre su cuerpo. Es por ello que en base al estudio de la literatura referente al tema, así como de la Doctrina y la Jurisprudencia se planteara una postura respecto a la despenalización del aborto en casos de violación sexual y en casos de malformaciones letales, consideramos que ni la norma de conducta tipificada ni la sanción prevista superan el juicio de proporcionalidad y, con base en ello, debe considerárseles a ambas tipificaciones penales como inconstitucionales.

Así mismo, la Penalización del aborto Sentimental y el Aborto Eugenésico no responde a una adecuada Política criminal de Estado, ello siguiendo la tendencia de algunos países, en razón de despenalizar el aborto solo para los casos en los cuales el embarazo ha sido producto de una violación sexual o el feto presenta malformaciones físicas y mentales que hacen inviable su vida extrauterina. Por tal motivo, el presente trabajo tiene como objetivo fundamental establecer una reforma jurídica del Código Penal Peruano, que permita la despenalización del aborto en caso de violaciones sexuales y cuando el feto presenta malformaciones físicas y mentales que hacen inviable su vida extrauterina, por lo cual es indispensable el análisis de ponderación de la intervención penal, debiendo considerarse que la protección de la vida prenatal, que es el bien jurídico constitucional que justifica la intervención penal en el derecho fundamental de la mujer a decidir, no es un fin absoluto, sino relativo, que puede ceder dependiendo de las circunstancias fácticas y los otros bienes jurídicos constitucionales que pueden verse afectados en dichas circunstancias.

En este sentido, la prohibición penal del aborto en el supuesto de que el embarazo es consecuencia de una violación sexual o en el caso de que el feto presente graves malformaciones físicas y psíquicas afecta no solo la capacidad

de decisión que tienen las mujeres de decidir ser madres o no, capacidad que se sustenta en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y en el principio de autonomía personal, sino que también vulnera su derecho fundamental a la salud tanto física como mental, y el derecho a no ser sometidas a tratos crueles ni degradantes dado que la prohibición penal determina su instrumentalización pues las convierte en meros recipientes de la vida prenatal, lo que atenta a su vez contra su derecho a la dignidad como seres humanos sujetos de derecho.

### **1.5.2 Justificación Metodológica:**

En la presente tesis se procederá a utilizar un tipo de investigación cuantitativo puesto que se pretende utilizar instrumentos de recolección como encuestas a especialistas del tema en ese sentido también se pretende realizar encuestas a los especialistas antes mencionados así como a abogados litigantes especializados en materia penal, instrumento de recolección que es propio de un tipo cuantitativo de investigación; por lo que podemos determinar que nuestra investigación utilizara fundamentalmente estos dos instrumentos e recolección con la finalidad de comprobar las hipótesis planteadas en la presente tesis.

### **1.5.3 Justificación Práctica:**

La presente tesis tiene como finalidad lograr la no punibilidad del aborto sentimental y Eugenésico previa declaración de Inconstitucionalidad a partir del Análisis Constitucional de Proporcionalidad de la intervención del Derecho Penal en la conducta prohibitiva (artículo 120° inciso 1 y 2), y determinar si tanto la tipificación de la conducta prohibitiva así como el tipo y cuantía de la sanción empleada por el legislador son medios adecuados y necesarios para la protección del derecho constitucional a la vida del concebido y a su vez esté bien justifique el grado de lesión del derecho al libre desarrollo de su personalidad (libertad de decisión, derecho a la salud física y mental, dignidad)

### **1.5.4 Relevancia**

La tesis a realizar, “La inconstitucionalidad de la penalización del aborto Sentimental y Eugenésico en el marco de Aplicación del Principio Constitucional

de Proporcionalidad”, responde a la necesidad de lograr la Despenalización de ambos tipos de abortos antes señalados por considerarse en atención a nuestra hipótesis: inconstitucional al no superar el test de idoneidad, necesidad y ponderación, ello en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, por lo cual es indispensable el análisis de ponderación de la intervención penal, debe considerarse que la protección al derecho a la vida del concebido no puede ser tomado como un derecho absoluto sin restricción alguna sino, por el contrario al no existir derechos fundamentales de carácter absolutos regulados en nuestro Ordenamiento Jurídico, este Derecho puede ceder dependiendo de las circunstancias fácticas y los otros bienes jurídicos constitucionales que pueden verse afectados en dichas circunstancias.

#### **1.5.5 Contribución**

La investigación pretende brindar contribuciones al conocimiento desde una perspectiva Constitucional de la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico tiene como propósito el Análisis Constitucional en aplicación del Juicio de Ponderación entre el Derecho a la vida del concebido y el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer ello con la finalidad de lograr la despenalización de la figura jurídica del aborto sentimental y el Aborto Eugenésico cuando la vida del feto resulta inviable en la vida extrauterina regulado en el artículo 120° inciso 1 y 2 del código penal por vulnerar derechos fundamentales de la mujer(Derecho a decir ser madre o no, derecho a la salud física y mental, derecho a la dignidad)

En concreto, esta investigación representa un tema de amplio debate en nuestra sociedad ya que genera un conflicto derechos fundamentales como lo son: el derecho a la vida, a la integridad, a la dignidad, a la salud y el derecho a la libertad y autonomía a decidir sobre su cuerpo, es por ello que en base al estudio de la literatura referente al tema, así como de la Doctrina y la Jurisprudencia se planteara una postura respecto a la despenalización del aborto en casos de violación sexual y en casos de malformaciones físicas y psíquicas, consideramos que ni la norma de conducta tipificada ni la sanción prevista superan el juicio de proporcionalidad y, con base en ello, debe considerárseles a ambas como inconstitucionales.

## **1.6 Objetivos**

### **1.6.1 Objetivo general**

Determinar si la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es constitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

### **1.6.2 Objetivos específicos**

#### **Objetivo específico 1.**

Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.

#### **Objetivo específico 2.**

Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.

#### **Objetivo específico 3.**

Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.



## **II. Marco metodológico**

## 2.1 Diseño de investigación

La investigación se realizó con el enfoque cuantitativo, descriptivo, no experimental y transversal.

### Tipo de Investigación

El tipo de investigación es básica y Dogmático- Normativa, ya que implica un estudio sobre la inconstitucionalidad del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad así como las diversas teorías en caso de conflictos de derechos.

Estudio de tipo descriptivo – no experimental que tiende a analizar nuestro planteamiento de problema y establecer mediante los objetivos, los logros que se esperan alcanzar con la investigación, de acuerdo al cuadro siguiente:

Tabla 9.

#### *Tipo de Investigación*

FUNDAMENTO DE LA CLASIFICACION	Nº	TIPO DE INVESTIGACION	TIPO
Basado en que se puede medir o no.	1	Cuantitativa	Usa recolección de datos para probar la hipótesis, en base a numeración numérica y análisis estadístico, para probar teorías.
Basada en el tiempo	1	Descriptiva (Presente)	Marco conceptual, encuestas y casos.

*Nota:* Elaboración propia.

Para Acharando, (1993), define la investigación descriptiva, como aquella que estudia e interpreta las relaciones entre variables. Es típica de las ciencias sociales, analiza la conducta humana y social. Busca la resolución del problema y sirve para esclarecer objetos.

Así mismo dentro del tipo de la presente investigación a realizar se trata de un Estudio proyectivo, siendo que para Aranzamendi (2012) señaló que:

El estudio proyectivo es una característica de la ciencia, consistente en predecir acontecimientos y proyectarse a resolver problemas del futuro, estas investigaciones culminan generalmente con propuestas normativas o proposiciones jurídicas que predicen situaciones o hechos futuros partiendo de premisas vigentes (p.63).

Es decir, este tipo de estudio analizan situaciones particulares presentes para ser aplicados ulteriormente, predice los resultados de un problema particular actual podrían tener vigencia en otras situaciones y contextos temporales (Propuesta de Lege Ferenda) con lo cual culminare mi presente investigación.

### **Diseño**

El diseño de estudio es no experimental, transversal, descriptiva, dado que este tipo de estudio no se construye sobre situaciones ficticias, sino sobre situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En este tipo de investigación, se observan los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, y la cual se realiza sin manipular deliberadamente las variables (Hernández, Fernández y Batista, 2016).

### **Método Investigación**

Se realiza la presente investigación dentro de un enfoque cuantitativo según Mucchelli (1996)

Con respecto al método cuantitativo de investigación existen muchas conceptualizaciones, una de ellas señala que “usa una recolección de datos para probar hipótesis, en base a la medición numérica análisis estadísticos, para establecer patrones de comportamientos y probar” (p.67).

La presente investigación cuantitativo, tuvo por nivel de investigación: Descriptivo.

## **2.2. Variables operacionalización.**

### **Principio de Proporcionalidad**

#### **Definición conceptual**

Es un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales. Es decir se trata de un método de análisis para determinar la legitimidad de un derecho fundamental es aquel que parte de la inexistencia de derechos fundamentales absolutos, por lo que en ese sentido y para efectos prácticos, especialmente en lo referente a la práctica procesal penal, el principio de proporcionalidad es un método que el operador ha de utilizar para decidir la afectación de un derecho fundamental, para lo cual el operador deberá verificar si la limitación de derechos fundamentales que debe realizar es idónea, necesaria y proporcionada en sentido estricto.

Tabla 10

*Matriz de operacionalización de la variable Principio de Proporcionalidad*

Dimensiones	indicadores	ítems	Niveles o rangos
<b>Test de idoneidad o adecuación</b>	-Disposición normativa justificable.	(Ítem 1, ítem 2, ítem3, ítem, 4)	De acuerdo [2 – 4] Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 >
	-Disposición normativa eficaz.		No De acuerdo [0 - 1 >
<b>Test de Necesidad</b>	-Disposición normativa necesaria.	(ítem 5, Ítem 6, ítem 7)	De acuerdo [2 – 3] Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 >
	-Disposición normativa indispensable.		No De acuerdo [0 - 1 >
<b>Test de Ponderación</b>	-Si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.	(ítem 8, ítem9, ítem 10, Ítem 11)	De acuerdo [2 – 4] Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 > No De acuerdo [0 - 1 >

*Nota:* Elaboración de fuente propia

## 2.3 Población, muestra y muestreo

### Población

Una población es la totalidad de individuos a quienes se generalizarán los resultados del estudio, que se encuentran delimitados por características comunes y que son precisados en el espacio y tiempo. (Hernández, 2010, p. 158).

Siendo que en la presente investigación la población está conformada por 20 abogados del Ministerio Público del Callao–Fiscalías Provinciales Penales Corporativas del Callao, se encuentra ubicado en el Jr. Supe 544-Urb. Santa Marina Sur-Callao (Ref. al costado de la Comisaría del Callao), estando dicha Entidad en situación adecuada para sus fines.

Así mismo sus ambientes están destinados a las actividades de la labor de Investigación sobre la comisión de delitos y a la representatividad de la misma en defensa de la Legalidad, precisando que hay un clima social adecuado para que la Institución logre sus objetivos, es decir no presenta limitaciones o dificultades para la investigación.

La población de estudio estará conformada por 20 Abogados de Derecho Penal.  $P = 20$  Abogados de Derecho Penal de la Entidad antes mencionada.

### Muestra

Según Hernández, Fernández, Baptista (2014, p. 173) indicaron que “Muestra es un subgrupo de la población del cual se recolectan los datos y que debe ser representativo de esta”. Siendo que en este caso usamos una muestra censal que para Sánchez (2000) señaló que: “Es una de las operaciones estadísticas que no trabaja sobre una muestra estadística, sino sobre la **población** total; mientras que el período de realización depende de los objetivos para los que se necesiten los datos”. (p. 87)

Es decir, cuando en un estudio de investigación se pretende considerar a toda la población para ser evaluado o someterlo a una experimentación solo se denomina muestra universal o población censal.

Tabla 11  
*Sujetos de estudio y características*

Sujetos	características	Tamaño de la muestra
Abogados Penalistas y Estudiantes de Derecho	Abogados Penalistas del Callao.	20

*Nota:* Elaboración propia.

## 2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad

### Técnica de recolección de datos

Las técnicas de investigación que utilizamos son las encuestas y la observación de base de datos donde las encuestas es definida como un procedimiento la cual se utiliza para recopilar datos mediante un cuestionario diseñado por el investigador, otra de las técnicas de investigación que utilizamos son los análisis documental donde se utilizó libros y normas donde se utiliza como fuentes secundarias, fichas bibliográficas, fichas electrónicas y los cuestionarios son instrumentos de estudio de nuestra investigación.

Tabla 12  
*Técnicas de investigación*

Técnica	Descripción de la técnica	Instrumento	Descripción del instrumento	Sujetos
<b>Encuesta</b>	Es una técnica de investigación fundada en las declaraciones emitidas por una muestra representativa de una población(en el presente caso fiscales y abogados) concreta y que nos permite conocer sus opiniones, actitudes, creencias, valoraciones subjetivas, etcétera (García y Quintanal, s.f., párr. 2).	Cuestionario	Es un conjunto de preguntas respecto de una o más variables que se van a medir (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 2017).	Abogados especializados en materia penal
<b>Análisis documental</b>	Es el análisis de documentos, materiales y artefactos diversos que ayudan a entender el fenómeno central de estudio. Sirven para conocer los antecedentes, vivencias, funcionamiento e interacción de personas, grupos, organizaciones, comunidades y sociedades (Hernández, Fernández y Baptista, 2014, p. 415).	Guía de análisis documental	Es una técnica utilizada para la separación e interpretación de su estructura y contenido de un documento. el instrumento para esta técnica puede variar de acuerdo al tipo y/o característica del documento sometido a análisis(Omar E. Becerra V., 2012, p.29)	Libros Artículos Ensayos Tesis Proyectos de Ley Enlaces de páginas web

*Nota:* Tomado de Hernández Sampieri (2014).

En la investigación se ha estimado la recolección de datos cuantitativos para responder al análisis.

### **Instrumento**

En la presente investigación se consideró como instrumento para el recojo de información el cuestionario, al respecto Hernández et al., (2010), los mencionados refirieron sobre el instrumento: “Es un medio que el investigador utiliza para reconocer la información o datos sobre las variables que se tiene en mente de estudio” (p. 200).

En tal sentido los instrumentos que fueron utilizados para conseguir información pertinente de la variable de estudio fue el cuestionario.

### **Validación de los instrumentos**

En términos generales, se refiere al grado en que un instrumento realmente mide la variable que pretende medir (Hernández, *et al.*, 2010).

Para determinar la validez de los instrumentos, se sometieron a consideraciones de juicio de expertos. Según Hernández, Fernández y Baptista (2010), el juicio de expertos para contrastar la validez de los ítems consiste en preguntar a personas expertas en el dominio que miden los ítems, sobre su grado de adecuación a un criterio determinado y previamente establecido.

Para establecer la validez de los instrumentos se buscó evaluar la validez de contenido a través del juicio de expertos; para ello se sometieron a la revisión de expertos, especializados en Metodología de la Investigación, los cuales consideraron que los instrumentos eran adecuados y por tanto procedía su aplicación. Se dispone de los certificados de validez en anexos para su verificación.



Tabla 13

*Validez del instrumento, según expertos*

DNI	Grado Académico			Institución donde Labora	Condición final
	Apellidos y Nombres				
25514954	Gallarday	Morales	Santiago	Universidad César Vallejo	Aplicable
	Aquiles.			Universidad César Vallejo	Aplicable
06175729	Flores Sotelo	William Sebastián.		Ministerio Público Fiscalía de la Nación (Fiscal Provincial Penal de la Segunda Fiscalía del Callao)	Aplicable
43060866	Felix Acosta	Fiorella Janeth			

*Nota: fuente propia***Confiabilidad de los instrumentos**

Respecto a la confiabilidad Hernández et al., (2010) sostuvieron que, la confiabilidad de un instrumento de medida “Está referido al grado en que su aplicación frecuentada al mismo individuo u objeto ocasiona iguales resultados” (p.200).

Al respecto se aplicó una prueba piloto, que estuvo dirigido en 10 abogados especialistas en Derecho Penal, que presentaban las mismas características de la muestra de estudio, esto se realizó en una institución contigua, quienes mantuvieron las mismas características y condiciones de la población de estudio. La confiabilidad se determinó mediante el coeficiente de Kuder-Richardson 20 en vista que la escala es dicotómica con 2 valores.

Tabla 14

*Estadísticas de fiabilidad de la prueba piloto.*

Kr-20	N de elementos
,836	11

*Nota: Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)*

El coeficiente  $\alpha$  20 obtenido para la variable Penalización del Aborto Sentimental y Eugénico es de 0.836 podemos afirmar que el instrumento de tiene una fuerte confiabilidad.

## 2.5 Métodos de análisis de datos

Según Tamayo (1999) establece que Se especifican como van a ser tratados los datos. Esta tarea puede hacerse mediante tablas de frecuencia y gráficos con sus correspondientes análisis e interpretaciones.

- **Tablas de frecuencia:** cuando la información presentada necesita ser desagregada en categorías o frecuencias.
- **Gráficos: son formas visibles de presentar los datos.** Permiten que en forma simple y rápida se observen las características de los datos o las variables. De acuerdo con su presentación, los gráficos pueden ser: lineales, diagramas superficiales, pirámide de edad, representaciones cartográficas o mapas, pictogramas.
- **Estadísticos.** Medidas de tendencia central, medidas de dispersión y medidas de asociación.
- Prueba de hipótesis (sobre medias, proporciones, correlación entre otras).

## 2.6 Aspectos éticos

La investigación realizada es netamente original, teniendo en cuenta las guías metodológicas que utilice, las referencias bibliográficas y el parafraseo en los libros de consulta, en la literatura de la investigación, término utilizado por el paradigma metodológico que utilizo Sampieri, Hernández y Baptista (2006).

Esta investigación ha sido revisada por las autoridades, de la universidad Cesar Vallejo, y validada por juicio de expertos.

### **III. Resultados**

### 3.1. Descripción

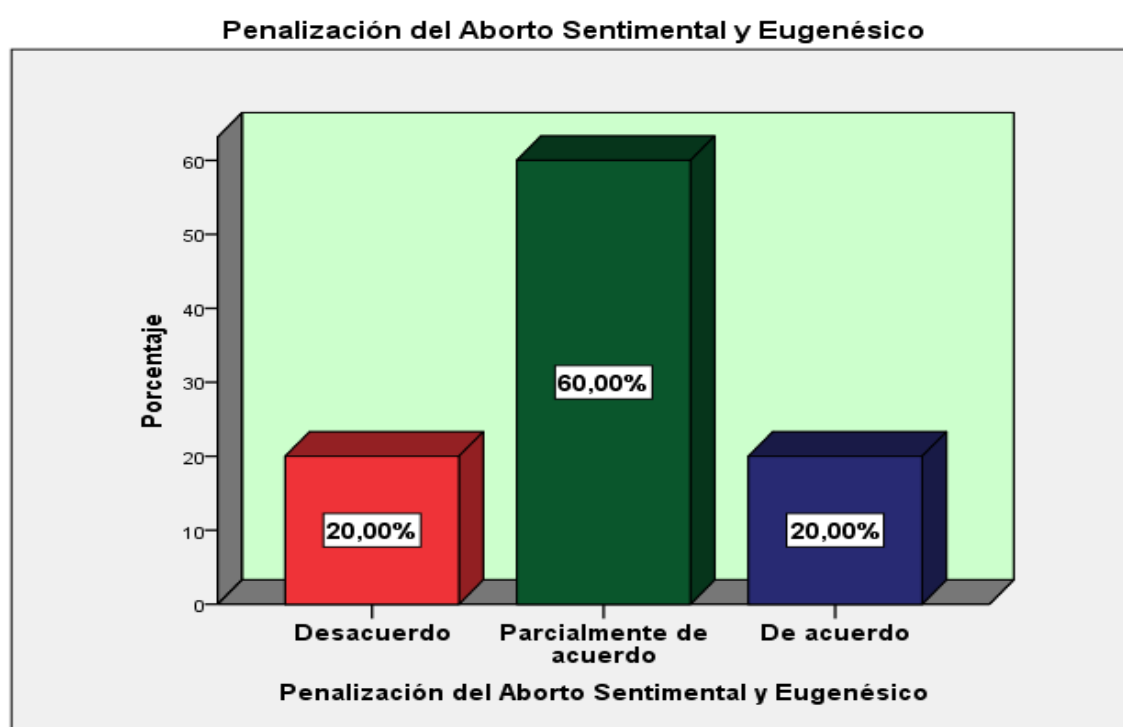
#### 3.1.1. Descripción de los resultados de la variable: Principio de Proporcionalidad.

Tabla 15

*Distribución de frecuencias y porcentajes de la Inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del Principio de Proporcionalidad según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.*

Niveles	Frecuencia	Porcentaje (%)
Desacuerdo	4	20,0
Parcialmente de acuerdo	12	60,0
De acuerdo	4	20,0
Total	20	100,0

*Nota: Análisis estadísticos SPSS (2018).*



*Figura 7. Distribución porcentual de la respuesta de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre Inconstitucionalidad de la*

penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.

De la tabla 15 y figura 7, se puede observar que según los evaluados (abogados especialistas en derecho penal) el 20% de encuestados están de acuerdo, el 60% de los encuestados se encuentra parcialmente de acuerdo; por otro lado, el 20% de encuestados están en desacuerdo sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.

De los resultados obtenidos, se pudo concluir que, el nivel de aceptación sobre la Inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel medio, es decir la penalización del aborto sentimental y eugenésico debe ser declarada inconstitucional en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

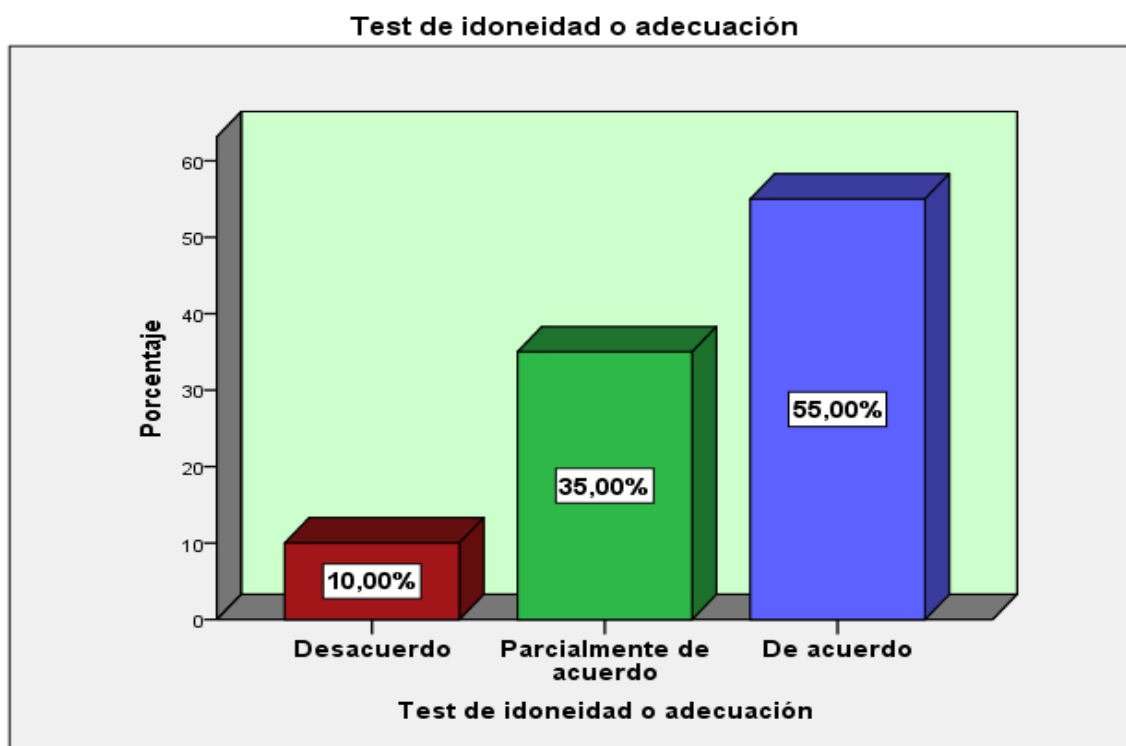
### **3.1.2. Descripción de los resultados de las dimensiones de la variable: Principio de Proporcionalidad.**

Tabla 16

*Distribución de frecuencias y porcentajes del test de idoneidad o adecuación según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.*

<b>Niveles</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Desacuerdo	2	10,0
Parcialmente de acuerdo	7	35,0
De acuerdo	11	55,0
Total	20	100,0

*Nota: Análisis estadísticos SPSS (2018).*



*Figura 8.* Distribución porcentual de la respuesta de los abogados especialistas en Derecho Penal según su percepción sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

De la tabla 16 y figura 8, se puede observar que el 55% de los encuestados (abogados especialistas en derecho penal) se encuentran de acuerdo; mientras que el 35% de encuestados muestran que están parcialmente de acuerdo; por otro lado, el 10% de encuestados están en desacuerdo sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad.

De los resultados obtenidos, se pudo concluir que, el nivel de la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel de acuerdo sobre si la

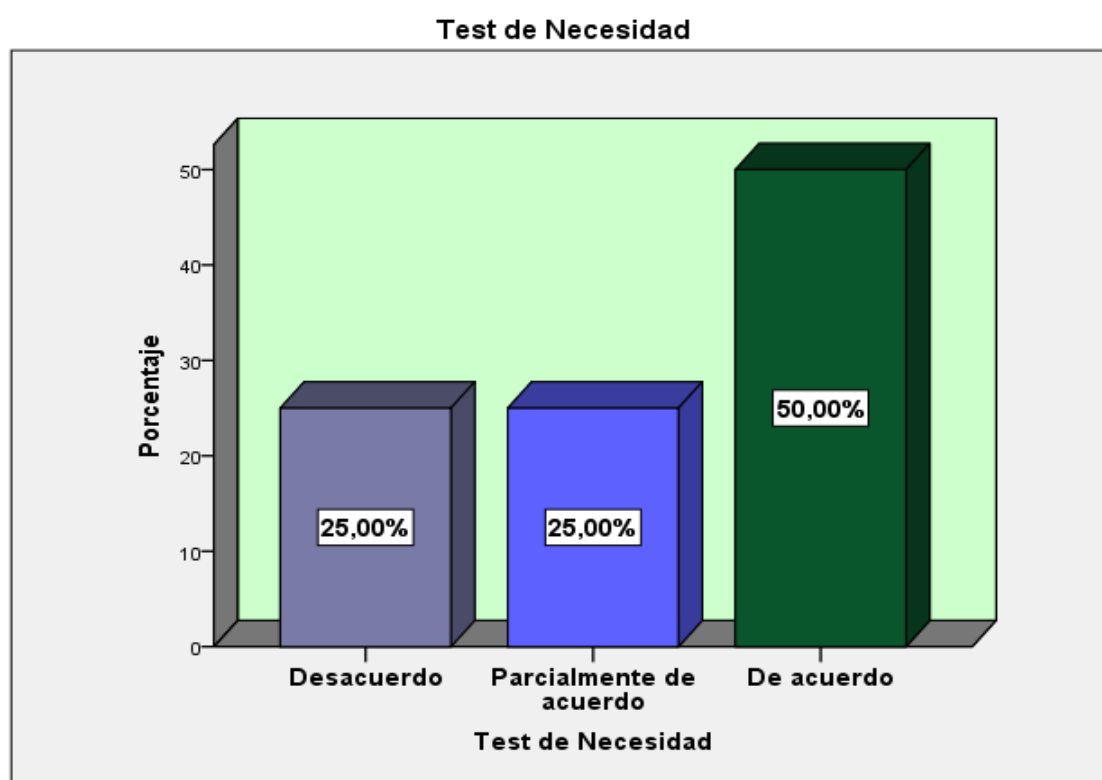
penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

Tabla 17

*Distribución de frecuencias y porcentajes del test de necesidad según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.*

Niveles	Frecuencia	Porcentaje (%)
Desacuerdo	5	25,0
Parcialmente de acuerdo	5	25,0
De acuerdo	10	50,0
Total	20	100,0

*Nota: Análisis estadísticos SPSS (2018).*



*Figura 9.* Distribución porcentual de la respuesta de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

De la tabla 17 figura 9, se puede observar que el 50% de los encuestados (abogados especialistas en derecho penal) se encuentra de acuerdo, mientras que el 25% de encuestados muestran que están parcialmente de acuerdo; por otro lado, el 25% de encuestados están en desacuerdo sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

De los resultados obtenidos, se pudo concluir que, el nivel de la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel de acuerdo.

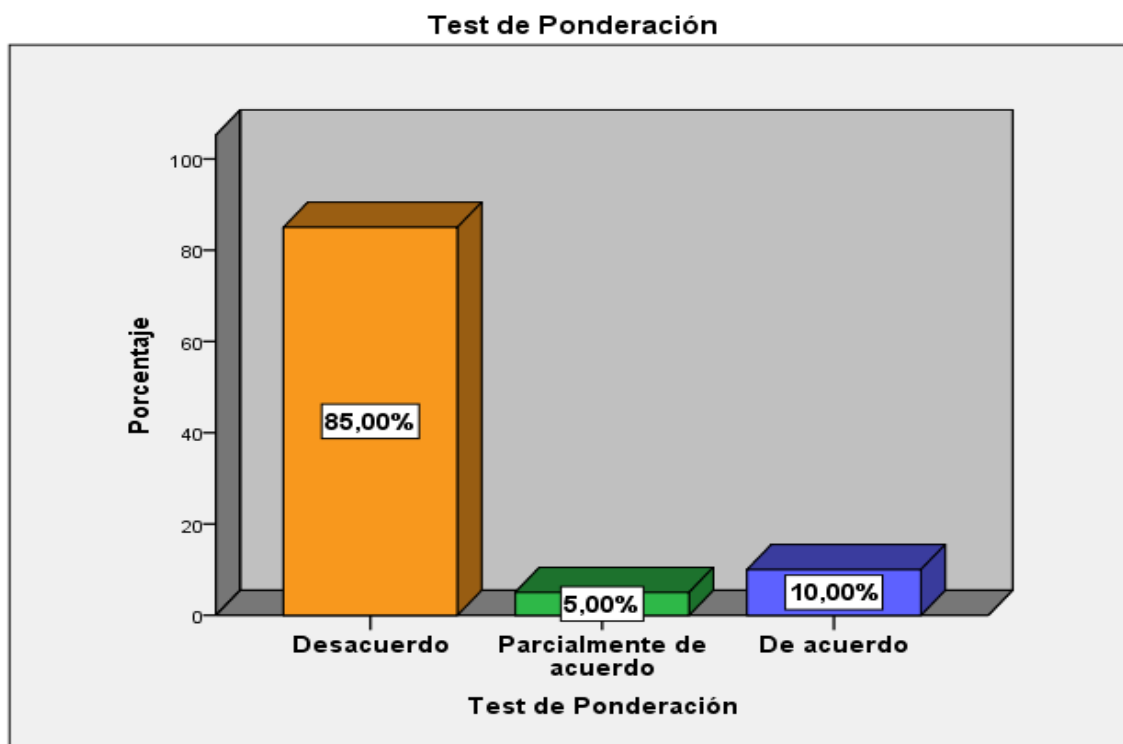
Tabla 18

*Distribución de frecuencias y porcentajes del test de ponderación según la percepción de los abogados especialistas en derecho penal.*

<b>Niveles</b>	<b>Frecuencia</b>	<b>Porcentaje (%)</b>
Desacuerdo	17	85,0
Parcialmente de acuerdo	1	5,0
De acuerdo	2	10,0
Total	20	100,0

*Nota: Análisis estadísticos SPSS (2018).*





*Figura 10.* Distribución porcentual de la respuesta de los abogados especialistas en derecho penal según su percepción sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

De la tabla 18 y figura 10, se puede observar que el 85% de los encuestados (abogados especialistas en derecho penal) se encuentra en desacuerdo, sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad; mientras que el 5% de encuestados se muestran parcialmente de acuerdo; por otro lado el otro 10% de encuestados se muestran de acuerdo respecto a que la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad.

De los resultados obtenidos, se pudo concluir que, el nivel de la penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de ponderabilidad en aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel desacuerdo.

## **IV. Discusión**

En el presente caso, se presenta la discusión de cada una de los problemas y los objetivos categorizados en general y específicos:

**En relación al Objetivo General referido a: Determinar si la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es inconstitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.**

De acuerdo con los resultados obtenidos de la encuesta a los 20 especialistas en derecho penal, se pudo concluir que el nivel de aceptación sobre la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual no consentida o inseminación artificial no consentida fuera del matrimonio y cuando presente malformaciones congénitas que hagan incompatible su vida extrauterina en aplicación del Principio de Proporcionalidad, alcanzando por los abogados especialistas de derecho penal, tuvo una tendencia nivel medio (parcialmente de acuerdo=60%), es decir la penalización del aborto sentimental y eugenésico debe ser declarada inconstitucional en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad al avalar como derecho absoluto el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

Asimismo, se ha visto en un Análisis de Derecho Comparado, se aprecia claramente que en la mayoría de legislaciones comparadas el aborto sentimental y eugenésico están despenalizados, mientras que en otro poco sector, como nuestro país, el aborto sentimental y eugenésico están penalizados como figuras atenuantes, haciendo hincapié que con respecto al aborto sentimental, solo en nuestro país no hace diferenciación alguna entre la violación fuera o dentro del matrimonio para que configure el delito de aborto “sentimental” o ético. Los códigos penales de otros países simplemente se refieren a la “violación sexual” sin hacer ningún distingo si se produce dentro o fuera del matrimonio, con lo que se entiende que el sujeto pasivo puede ser la mujer soltera o casada. En ese contexto, algunos ordenamientos jurídicos otorgan tratamientos diferentes al aborto que se produce en circunstancias en los que las mujeres no han podido

decidir sobre el embarazo, pues las relaciones sexuales les fueron impuestas, como es el caso de las víctimas de violación sexual o en circunstancias en las que a mujeres a quienes han consentido continuar con su embarazo se les indica médicamente que el feto tiene malformaciones que hacen no viable su vida extrauterina, siendo que ello, no es el caso peruano en que ambas situaciones son consideradas delitos.

Por otro lado se obtuvo del Análisis Jurisprudencial Comparado en las sentencias de la Corte Constitucional Colombiana, Española y Argentina llegan a la conclusión que se debe declarar Inconstitucional la Penalización del aborto sentimental y eugenésico, en estas tres Jurisprudencias y en especial la Jurisprudencia Colombiana desarrolla un Análisis Constitucional en Aplicación del Principio de Proporcionalidad sobre la Penalización tanto del Aborto Sentimental y Eugenésico en el que se concluye que su Ordenamiento Jurídico decidió adoptar medidas de carácter penal para proteger la vida en gestación y si bien tal decisión no sería desproporcionada por la trascendencia del bien jurídico a proteger(Derecho a la vida del concebido); Ahora bien, siguiendo el análisis de esa Corte Constitucional dada la relevancia de los derechos, principios y valores constitucionales en juego no es desproporcionado que el legislador opte por proteger la vida en gestación por medio de disposiciones penales, señalando que la normatividad penal es idónea y necesaria para el fin constitucional que se pretende proteger. Empero, esta Legislación se detiene en el tercer paso respecto al test de ponderación, señalando que si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional; En consecuencia podemos decir que es acertado el análisis Constitucional realizado por la Corte Constitucional colombiana mediante su Sentencia C-355/06 que tuvo como objetivo analizar la constitucionalidad de una normatividad penalizadora, por lo que la argumentación se centró en fundamentar la inconstitucionalidad alegada por la parte demandante

sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con la penalización del aborto. Por otro lado, tenemos el análisis constitucional de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional español mediante su Sentencia N°53/1985 tuvo como objetivo analizar la constitucionalidad de una reforma legal despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante en tanto se consideró que no se desprotegía la vida prenatal con la permisión del aborto. Así mismo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina mediante la sentencia del 13 de marzo de 2012 tuvo como objetivo interpretar los alcances de una norma despenalizadora, por lo que la argumentación se centró en negar la inconstitucionalidad pretendida por la parte demandante sobre la base de los derechos vulnerados de las mujeres con una interpretación restrictiva. Jurisprudencias que difieren del caso Peruano, puesto que a la fecha el Tribunal Constitucional Peruano no ha realizado un Análisis Constitucional a profundidad sobre este tema, considerando que el Perú debería adherirse al Análisis Constitucional del Modelo Colombiano, el cual se ve que está mejor desarrollado al respecto de declarar la Inconstitucionalidad de la Penalización del aborto sentimental y Eugenésico.

Ahora bien, es menester proceder a realizar un análisis de Fuente Documental en atención a la Inconstitucionalidad de la Penalización del Aborto sentimental y Eugenésico teniendo claro previamente la existencia de un conflicto de derechos fundamentales en dicha tipificación, por lo que es indispensable la aplicación del Principio de Proporcionalidad para determinar dicha inconstitucionalidad que alegamos en nuestra Hipótesis principal, para lo cual citamos a principales autores como Robert Alexy y Guastini quienes concuerdan al referir que ante la existencia de una colisión de derechos fundamentales, en la que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio X, hay siempre al menos otro principio Y igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con X. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de Y llevaría a resultados diversos de la aplicación de X. Ante lo cual un principio debería ceder frente al otro, pero ello no significa que el principio desplazado sea declarado inválido. Como podemos apreciar, en cada una de las aproximaciones conceptuales al tema de la ponderación, los autores remarcan la no existencia de

una jerarquía estática con respecto a los valores o principios a los que se haga alusión y que se presenten en conflicto, en ese sentido, podemos ver claramente cómo se presenta una colisión de bienes jurídicos que podrían resumirse en un primer momento como “libertad” vs. “vida”, por lo que para determinar la constitucionalidad de la referida tipificación se procedió a aplicar el Principio de Proporcionalidad a través de sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, con la finalidad de demostrar que existe o no un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en función de la protección del bien constitucional con respecto al perjuicio que generan al otro bien constitucionalmente tutelado o relevante. Siendo que en la presente tesis se procedió a valorar de forma directa el grado de afectación del bien constitucionalmente tutelado (derecho a la vida del concebido), el grado de importancia y urgencia en la satisfacción del otro (derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) respecto a los casos específicos del aborto sentimental y Eugénico en la cual se llegó a concluir que dichos tipo penales no superan el test de ponderación por ser a todas luces inconstitucional , aunado a ello se debe tener en cuenta, también el principio de subsidiaridad del derecho penal entrara a tallar en este análisis al recordar que el derecho penal es la última ratio a la que debe recurrir el Estado para llevar a cabo la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, para el profesor Oré cuestiona la despenalización del aborto bajo el fundamento de la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho Penal propio de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, en ese sentido precisa que el Derecho a la vida (incluido la vida del feto por el solo hecho de su existencia) es la base de los demás derechos fundamentales por lo que no es posible ignorar o discutir su protección absoluta. Así mismo el mismo profesor Oré cuestiona rotundamente la posición del Dr. Víctor Prado Saldarriaga sobre la falta de necesidad de una pena en los casos del aborto sentimental y eugenésico, así como en los casos de los delitos de bagatela. En consecuencia, para el referido autor la vida del feto en cualquier etapa de su desarrollo constituye por su sola existencia en una vida humana, la cual merece una protección absoluta y sin cuestionamiento alguno, puesto que se trata de un bien jurídico de máxima importancia, ya que de allí se disgrega los demás derechos fundamentales. En el caso concreto, no cabría más que concluir que la sanción penal del aborto en

casos de violación sexual y el aborto eugenésico, excedería al criterio de ponderación correspondiente, puesto que debe analizarse en atención al Principio de Justicia que es la base del Derecho, debiendo tomarse en cuenta que la manifestación de los valores abstractos, en forma de bienes jurídicos, no será la misma en todos los casos y para todos los humanos. He ahí, que a una mujer que ha sido víctima de violación sexual, no se le puede pedir que acepte valoraciones externas de lo que es justo sin tomar en cuenta aquellas injusticias de las cuales ella misma ha sido víctima; así mismo y en esa misma línea no se le puede someter a tratos crueles y degradantes a la mujer al obligarla a continuar una gestación a sabiendas que el feto nacerá con graves malformaciones congénitas que harán inviable su vida extrauterina, es decir la obligan a ser sometida a un doble dolor al ver nacer a su hijo para que a las pocas horas muera, entonces de que derecho a la vida en protección estamos hablando ante estas figuras.

Con respecto a los Antecedentes de nuestra Investigación tenemos tesis que nos respaldan la hipótesis principal del presente trabajo de investigación: Como la investigación de la autora Sara López a la nos adherimos al encontrarnos en una similitud de regulación jurídica, siendo que esta problemática del aborto sentimental y eugenésico tanto en nuestra Legislación Peruana como en la Legislación Guatemalteca el aborto de manera general está prohibido y penalizado; sin embargo, la excepción a esta prohibición se encuentra en la permisividad del aborto terapéutico bajo el análisis de primar el derecho a la vida de la madre sobre el derecho a la vida del concebido, lo cual genera un desconcierto al despenalizarse el aborto solo para estos casos, sin tomar en cuenta los embarazos productos de una violación sexual o cuando el feto presenta graves malformaciones físicas y psíquicas que hacen inviable la vida del feto fuera del útero materno, supuestos en los que también se ve afectado gravemente la salud mental y psicológica de la madre, hecho que no ha sido analizado ni tomado en cuenta tanto por nuestra Legislación así como por la legislación Guatemalteca. Así mismo y siguiendo la misma línea de nuestra hipótesis inicialmente planteada tenemos a la Autora Johana del Rocío Carrión Mediavilla, quien adopta la posición que nosotros planteamos en el presente trabajo de investigación que es lograr que en nuestro Ordenamiento Jurídico se

despenalice el Aborto sentimental y Eugenésico dado que es inconstitucional por no existir proporcionalidad entre la conducta (aborto) en determinados supuestos antes mencionados y el fin de la pena a imponer, dado que uno de los fundamentos en palabras del Autor está referida a la existencia de la necesidad que para evitar el sufrimiento de muchas mujeres, que no tienen otro camino a recurrir que a los abortos clandestinos, por tal motivo nosotros buscamos que en primer lugar se declare inconstitucional esta Penalización procediéndose a inaplicar de nuestro Ordenamiento Jurídico para luego plantear la despenalización del aborto sentimental y eugenésico incorporándolos como figura impune dentro del artículo 119° del Código Penal. Por otro lado es importante mencionar que dentro de nuestros Antecedentes existen posiciones divergentes a nuestra hipótesis principal, como la del autor Jerson Rojas Pullido señala que nuestro Código Penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugenésico por lo que habría la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro Código Penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal que ahora permiten conocer la situación de salud o enfermedad del feto, evitando el nacimiento de niños con malformaciones; en ese sentido el Autor sostiene que el Derecho Penal ni los padres del concebido no pueden en derecho justificar o sustentar el aborto de un niño con malformaciones o taras; concluyendo el autor que no existe razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que limita una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles, posición de la cual discrepamos puesto que no tendría sentido hablar de protección de la vida del menor cuando se tiene por acreditado mediante examen médico que el feto es incompatible con la vida extrauterina, y de igual manera morirá luego de su nacimiento, no resultando certero y constitucional tal protección del derecho a la vida del concebido en estos casos, dado que se desconocería los derechos a la vida, salud física y mental de la madre, lo cual según el Ordenamiento Internacional está catalogado como tratos crueles, inhumanos y degradantes, fundamento que



habría sido utilizado para despenalizar el aborto terapéutico( artículo 119), en ese sentido en este supuesto si está permitido mientras que en el supuesto del artículo 120 inciso 1 y 2 está prohibido. Mientras que también está la tesis divergente a nuestra posición como la del Autor Humberto Sánchez Pérez quien plantea que al enfocarse la discusión sobre el aborto entre el derecho a la vida (feto) y el derecho a la libertad (mujer), nos encontraremos ante una paradoja de tipo constitucional que a nuestro parecer no tendría salida por medio de la ponderación de un derecho frente a otro de forma directa. Indicamos que no tendría salida, debido a que en un estado con una constitución de corte liberal, encontraremos que existen requisitos mínimos de lógica para la coexistencia entre sus ciudadanos. En ese sentido, no podría existir una vida que no pueda auto determinarse (libertad) y no podría existir un ser que ejerciera el derecho a la autodeterminación sin tener previamente un derecho a la existencia propia (vida). Planteando el siguiente esquema: Vida (requisito mínimo para) Libertad--- Libertad como requisito mínimo para Vida, por lo que ante ello, diremos que en tanto ninguno de nosotros podría imaginarse una vida que no tuviera libertad debido a que nuestros parámetros constitucionales contemporáneos lo impiden y en tanto no podría imaginarse una persona que ejerza su libertad al estar muerta, se da una situación en la cual ya sea se elija la vida del no nacido por sobre la libertad de la madre o la libertad de la madre por sobre la vida del no nacido, que estamos frente a una paradoja. Esta paradoja no tendría salida dentro de nuestro marco lógico teórico constitucional por la mera ponderación de ambos derechos de una forma directa, por lo que alegar la preponderancia de la libertad sobre la vida como argumento para la despenalización del aborto, caería en una falla lógica de la cual no se tendría salida dentro del marco del Estado constitucional contemporáneo; siendo, por lo tanto, una salida no viable. En consecuencia y en atención a lo señalado por este autor considero que este problema sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico y su inconstitucionalidad se pueden ver solucionados con una correcta aplicación del principio de proporcionalidad, teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad y fragmentariedad del Derecho Penal, así como escatimando la conciencia política social y religiosa que conllevaron a la intervención del Derecho penal en estos casos.

**En relación al primer Objetivo Específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

De acuerdo a los resultados obtenidos a los 20 abogados especialistas en Derecho Penal se puede concluir que el nivel de la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel de acuerdo (55%) sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del principio de proporcionalidad, al considerar que esta intervención penal es el único medio idóneo para la protección del bien jurídico del derecho a la vida del concebido, por lo que con respecto a la norma: conducta si supera el test de idoneidad por cumplir con proteger el fin constitucionalmente legítimo (derecho a la vida del concebido) mientras que el otro 10% refiere que no supera el test de idoneidad y por ende debe ser declarada Inconstitucional, dado que no es una norma que resulte eficaz con la finalidad preventiva de la pena, al establecer una pena simbólica, es decir se habla de ineficacia del Derecho Penal frente a las altas cifras de aborto clandestino a pesar de su penalización. Pero como bien sabemos, la función preventiva de la pena no apunta a la desaparición absoluta del fenómeno criminal, sino a desincentivar la comisión de dicha conducta. En otras palabras, puede ocurrir que no se reduzca de manera efectiva estos hechos delictivos, pero lo más probable es que de destipificar esta conducta su frecuencia se incremente de manera alarmante; La eficacia, como señala Mir Puig, no debe valorarse en función de sus fracasos, sino en función de sus posibles éxitos.

Del Análisis de Antecedentes de investigación, teniendo como respaldo de nuestra Hipótesis Especifica pero con respecto a la norma: sanción, la investigación del Autor Mario Alberto Azuara Cárdenas cuyo objetivo de su tesis se centró en señalar que en la Ciudad de San Luis de Potosí –México, la Penalización del aborto sentimental y Eugenésico, atropella los Derechos Humanos, llegando incluso a criminalizar a las mujeres, generando a su vez que un alto índice de mortalidad materna por no brindar los servicios de salud sexual y reproductiva para garantizar que las mujeres que se encuentren en las causales

legales de aborto (ejemplo: Aborto Terapéutico) accedan a tiempo a servicios seguros, gratuitos y de calidad, situación que se asemeja a nuestro Ordenamiento Jurídico cuya Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico, afecta la dignidad de las mujeres como sujetos de derechos, puesto que en la actualidad la mujer se habría convertido en un instrumento de gestación y no en un fin en sí mismo.

Respecto del Análisis de Fuente Documental destacamos como respaldo a nuestra hipótesis específica respecto a la inidoneidad de la norma: sanción lo señalado por Prieto Sanchis sobre el Sub principio de Adecuación, aptitud o idoneidad aplicable a la Penalización del aborto sentimental y eugenésico en tanto la tutela de la vida, es un fin constitucionalmente legítimo, corresponde encontrar que el uso de la violencia del Estado en su forma de última ratio, es una medida que sería idónea para limitar la afectación del citado bien jurídico (vida). Ahora, el bien jurídico a tutelar dentro de la lógica planteada por el profesor Oré, no será otro más que la vida del feto. Así siendo que el feto, desde la lógica del citado profesor, constituye vida humana por su mera existencia y por ende merece toda la protección que el Estado por medio del derecho penal pueda ofrecerle. En ese sentido podemos apreciar su texto cuando hace el cuestionamiento a la falta de necesidad de la pena en algunos supuestos, así mismo entendemos que cuando el Dr. Víctor Prado Saldarriaga propone despenalizar el aborto eugenésico y el aborto por violación no niega el desvalor de la conducta (hay merecimiento de pena), pero seguro considera que desde el punto de vista político criminal no hay necesidad de pena como en los casos de hurtos entre padres e hijos, o los delitos de bagatela, donde se estima innecesaria la intervención del Derecho Penal. Podemos concluir que en tanto el feto constituye de por sí, en cualquier momento de su existencia, una vida humana y la vida humana merece toda la protección del derecho penal, el bien jurídico a tutelar sobre ello no hay cuestionamiento alguno; sin embargo, el punto a cuestionar aquí es que si bien se debe proteger al derecho a la vida, pero dicha satisfacción no deber en menor grado al grado de afectación del derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.

En ese sentido podemos concluir que la Penalización del aborto sentimental y Eugenésico como norma: conducta si superó el test de idoneidad, ya que el fin constitucional que se pretende proteger con esta tipificación es la protección del derecho a la vida del concebido, siendo a todas luces constitucional desde la perspectiva del fin constitucional perseguido.

**En relación al segundo Objetivo Específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

De acuerdo a los resultados obtenidos a los 20 abogados especialistas en Derecho Penal se puede concluir que el 50% de abogados están de acuerdo (más un porcentaje de 25% de encuestados que se encuentran parcialmente de acuerdo) de ellos consideran que la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del principio de proporcionalidad, al considerar que esta intervención penal es la única alternativa para proteger el bien jurídico “derecho a la vida del concebido”, no existiendo otra alternativa igual de eficaz para proteger al referido bien jurídico y que afecte en menor grado al derecho a la libertad de la madre; mientras que el 25% de los abogados refieren que la norma sanción no es necesaria para cumplir con la finalidad preventiva de la pena, dado que existen otros mecanismos que no afecten gravemente el derecho a la libertad de la madre como adoptar políticas públicas de distribución de anticonceptivos orales de emergencia en los casos de violación sexual.

Ahora bien, este grupo de porcentaje entre los que están parcialmente de acuerdo y los que están en desacuerdo refieren que aceptan que si bien la norma: conducta es necesaria como único medio idóneo, no existiendo otras medidas alternativas extrapenales para proteger el bien jurídico tutelado (vida del concebido); sin embargo, respecto a la norma: sanción, está no demuestra eficacia preventiva al observar el creciente índice de criminalidad y consecuente muerte por abortos clandestinos.

Del Análisis de la Fuente Documental se tiene que para Prieto Sanchis el Sub principio de necesidad refiere que nos encontramos frente a un supuesto en el cual, el Estado está utilizando el derecho penal para afectar la libertad de una

ciudadana en función de tutelar otro bien jurídico en paralelo, la vida del no nacido. Debemos hacer la pregunta ¿existe otro medio por el cual la vida del no nacido podría ser tutelada frente al ejercicio de la libertad de la madre a la autodeterminación de su proyecto de vida? En ese sentido, no existe otro medio extrapenal que brinde la misma eficacia que el Derecho Penal para impeler a la mujer a continuar con su gestación y con ello se estaría protegiendo eficazmente el derecho a la vida del concebido.

**En relación al tercer Objetivo Específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

De acuerdo a los resultados obtenidos a los 20 abogados especialistas en Derecho Penal se puede concluir que el 85% de abogados no están de acuerdo en la posición adoptada por nuestro Ordenamiento Jurídico referente a primar el derecho a la vida del concebido como derecho absoluto frente al derecho a la libertad de decisión de la mujer en los casos de la tipificación del aborto sentimental y eugenésico; concluyendo que no existe una proporción entre la satisfacción del derecho protegido (derecho a la vida del concebido) y el grado de afectación del otro derecho constitucional, el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer y que si bien es cierto el derecho a la vida es de carácter Erga Omnes, no resulta ser absoluta ya que una clara excepción a este derecho es la pena de muerte, por lo que al entrar en conflicto con otros derechos, en el caso en concreto, el derecho a la vida del concebido frente al derecho a la integridad psicosomática, salud, vida de la madre, al ponderar, se prefiere la vida ya constituida. Conforme a los lineamientos establecidos a lo largo de la investigación, el aborto en determinadas circunstancias en donde se pueda explicar su necesidad, debe ser viable legalmente. Conforme a los preceptos evocados por las Naciones Unidas, al verse penalizado el aborto en todas sus dimensiones, se está afectando el derecho a la salud de la madre, la dignidad y autonomía. Aquellos Estados que impongan dichas sanciones hacen uso desmedido del poder punitivo, la misma que afecta y vulnera los derechos antes mencionados. Así mismo, cabe señalar que se ha establecido que el Aborto no debe ser tomado como método anticonceptivo, sino que solo debe ser

permisible en casos donde la necesidad lo justifique; En ese sentido, hay que tener en cuenta que una mujer no es un objeto ni una vasija contenedora de vida, sino que también es un sujeto de derechos que posee dignidad y autonomía, la misma que el Estado de derechos debe garantizar en su totalidad. Es por ello que frente esta discusión, desde el punto de vista del investigador, el aborto debe ser legal solo para casos donde exista una necesidad donde se justifique dicho procedimiento, tal es el caso del aborto Terapéutico, eugenésico y ético, donde prevalece los derechos de la madre, de esa forma los diversos derechos de la mujer no se verán afectados.

Respecto al Derecho Comparado, se ha llegado a determinar que en países como Colombia, argentina, México han optado por despenalizar este tipo de aborto por razones humanitarias, sin embargo el criterio criminológico de nuestro código penal se basa en la defensa de la vida del concebido, así este traído consigo alguna tara o malformación grave congénita o adquirida, sin considerar los daños que el feto con graves patologías puede causar a la gestante, a la familia y sin valorar los derechos que estos poseen. En el caso del aborto eugenésico, no es permitido en la regulación peruana pese a que han existido muchos intentos por lograr la despenalización de esta figura. Respecto a este tipo de aborto, la ley deja un gran vacío en cuanto a su regulación, por lo que se necesita mayores luces al respecto. Siendo una forma factible de solución, el Sistema de Indicaciones, la misma que debe ser aplicada en su totalidad en el ordenamiento jurídico peruano.

Para la Doctrina mayoritaria como Prieto Sanchis con respecto a este Sub principio refiere que en este punto, nos encontramos en la necesidad de tomar en cuenta ambos valores recogidos constitucionalmente, la vida y la libertad, en ese sentido, cabe plantear que en tanto nos encontramos ante valores de igual jerarquía de forma apriorística, la determinación de la predominancia de uno sobre otro en este particular caso conflictivo, no podrá fundamentarse en el uso de criterios normativos o determinantes, sino, que deberá apelarse a un uso reflexivo de la capacidad del juicio, por lo que, en el caso del aborto por violación sexual, como una vulneración del bien jurídico vida del no nacido. Acá tenemos como la vida, ya sea en forma de una célula o un embrión completamente

formado, está siendo vulnerada de forma clara. No cabría dudarlo, sin embargo, el llevar a cabo un aborto, consiste también en una actitud que conlleva perjuicios para aquella persona que lleva a cabo el procedimiento. Los efectos perjudiciales para la mujer que sufre este proceso, son una marca que la acompañara por el resto de su vida. En función a lo anterior, debemos señalar que una mujer que interrumpe un embarazo derivado de una violación sexual está llevando a cabo una acción que deriva de dos vulneraciones consecutivas a su derecho a la libertad y a la autodeterminación, la primera generada por la vulneración a su libertad sexual y la segunda con respecto a la libertad de determinar el proyecto de vida que le corresponda. Es decir, la acción que afecta el bien jurídico vida, es consecuencia directa de dos acciones concretas derivadas de su afectación previa del bien jurídico libre desarrollo de su personalidad. He aquí, que tenemos que aplicar un criterio de ponderación que se condiga con los ideales de justicia que enmarcan al derecho desde su base, para lo cual debemos tener en claro que si bien se trata de una vida que se está terminando, afectando su posible proyecto futuro. Pero, aquella persona que ha sido víctima de un supuesto de violación sexual, está siendo instrumentalizada tres veces debido a un único proceso. Esa instrumentalización masiva de una persona, no puede ser justicia; lo cual es concordado con lo señalado por el Autor Peña Cabrera, al referir que el bien jurídico a proteger al regular este tipo de delito, cuando se trata de aquellos países que hayan optado por reconocer el Sistema de Indicaciones, no solo se protegería la vida del nasciturus sino que también se protegen los intereses de la madre gestante en cuanto se refiere a su libre desarrollo de su personalidad, su dignidad e intimidad. Por otro lado y en sentido contrario está la postura presentada por el profesor Oré, acerca de la tutela del bien jurídico vida de forma irrestricta en el caso del feto procederemos a indicar que tal visión se derivara de una visión axiológica pura, sobre los que no cabe mayor discusión dentro de un Estado basado en un régimen Democrático, se recaería en una contradicción, en tanto se afirmaría que los derechos dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico se encuentran jerarquizados y estáticos, hablando derechos fundamentales absolutos, negando de esta manera, una premisa muy difundida dentro de la teoría constitucional contemporánea, la de la axiología móvil dentro de los valores constitucionales.

Cabe precisar que como se ha visto en tanto del resultado de la encuesta realizada a los expertos: especialista en derecho penal, de los antecedentes de la investigación, Análisis de Fuente Documental, Análisis de Jurisprudencia así como del Marco Normativo Comparado han confirmado la hipótesis de que es inconstitucional la Penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad en la medida que nuestro Ordenamiento Jurídico avale como derecho absoluto “la vida del concebido” y vulnere el “derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer”.

Así mismo el nivel de significancia en Declarar la Inconstitucionalidad de la Penalización del aborto sentimental y Eugenésico y su consecuente derogación de nuestro Ordenamiento Jurídico, es mucho más alta al haberse demostrado mediante los diversos instrumentos de investigación que la Penalización del aborto sentimental y Eugenésico si bien es una medida idónea para la protección del derecho Constitucional vida del concebido(fin legítimo), ésta misma no sería necesaria y tampoco ponderable entre el grado de satisfacción del bien jurídico protegido “derecho a la vida del concebido” y el grado de afectación del bien jurídico afectado (derecho al libre desarrollo de la personalidad), por lo que al no superar satisfactoriamente estos tres exámenes o test de proporcionalidad, le corresponde que dicha normatividad sea declarara inconstitucional y por ende su consecuente derogación de nuestro Ordenamiento Jurídico.



## **V. Conclusiones**

**En relación al Objetivo General referido a: determinar si la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es inconstitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.**

- Se debe declarar la inconstitucionalidad de la Penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad en la medida que nuestro Ordenamiento Jurídico avale como derecho absoluto “la vida del concebido” y vulnere el “derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer”. (Aprueba y reafirma nuestra hipótesis principal).
- Ahora bien, realizado el análisis de proporcionalidad de la intervención penal (Penalización), esta fue analizada en tres partes: 1) se analizó si tanto la tipificación: conducta como la tipificación: sanción usadas por el legislador era el medio idóneo y necesario para la protección del bien jurídico tutelado (el derecho a la vida del concebido) y por último se procedió a realizar 3) el test de ponderación ello con la finalidad de determinar si la protección de este derecho tutelado (derecho a la vida del concebido) es de gran importancia que su protección justificaría el nivel de lesión del otro derecho Fundamental (libre desarrollo de la personalidad de la mujer).
- En ese sentido, y en aplicación de la técnica de ponderación se llega a afirmar que en tanto el caso del aborto por violación sexual y en el aborto eugenésico, son casos que derivan de varias violaciones al derecho de libertad de la mujer, por lo que al ponderar el nivel de afectación del derecho de libertad frente al nivel de afectación del derecho a la vida del concebido, se observa un desbalance desproporcional entre ambos siendo que el derecho a la libertad de la mujer es el más afectado en el caso concreto, por ende tanto la tipificación como la sanción penal deviene en inconstitucional.

**En relación al primer Objetivo Específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

- Del resultado de las encuestas realizadas a los especialistas en derecho penal y del análisis de fuente Documental, Marco Normativo Comparado con la hipótesis específica: en que la penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el Test de Idoneidad en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, puesto que del Análisis Constitucional realizado por medio de los instrumentos de investigación se determinó que tanto la penalización del aborto sentimental como eugenésico como norma: conducta, si resulta ser un medio apto e idóneo para tutelar el bien jurídico protegido (derecho a la vida del concebido ); sin embargo a su vez desde la perspectiva del análisis de la norma: sanción, no es eficaz para prevenir la realización de la conducta prohibitiva.
- Del análisis sobre la idoneidad de la medida respecto a la previsión legislativa del aborto sentimental: la intervención Penal del Estado mediante la Penalización es una medida idónea y adecuada para la protección del fin constitucionalmente legítimo en este caso: el derecho a la vida del concebido.
- Ahora bien, siguiendo el análisis respecto a la norma sanción en tipificada tanto en el aborto sentimental como en el eugenésico con la misma cuantía, al tratarse de pena mínima (menos de cuatro años de pena privativa de la libertad),su ejecución será suspendida, es decir también podemos señalar que se le puede oponer la prescripción puesto que mientras dura la etapa de investigación este delito ya prescribió por tratarse de una pena simbólica, lo cual hace nula el poder desincentivador de la conducta típica al no cumplir con el fin preventivo de la pena; en ese contexto en lo que respecta al aborto sentimental aquí existe un tema de invalidez inconstitucional de manera adicional puesto que el legislador tipifico de manera discriminatoria las penas al diferenciar en caso de mujeres solteras y mujeres casadas víctimas de violación sexual; Por otro lado en el caso de la tipificación del aborto eugenésico cuando se realiza el

análisis de los bienes jurídicos constitucionales en conflicto, la balanza se inclina a favor de la protección de los derechos fundamentales de las mujeres. Dado que se trata de una vida que no es viable, resulta razonable permitir a las mujeres decidir si prosiguen o interrumpen el embarazo; siendo que aquí no solo está en juego su derecho a la libertad de decisión, sino el derecho a la salud tanto física como mental así como la vulneración a su dignidad puesto que como en ambos tipos penales instrumentaliza y subordina a las mujeres a la protección del concebido.

- En relación con la sanción prevista para este supuesto, al igual que en el caso de la violación sexual, tenemos que no resulta ser un medio adecuado para lograr la protección buscada y al tratarse de una pena simbólica lo único que genera es catalogar a la mujer en delincuente sometiénola a la vergüenza y tortura propio de un proceso penal que prescribirá durante la investigación preparatoria.
- Así mismo la sanción penal trae consigo el incremento de abortos clandestinos que generan una cifra negra de criminalidad en afectación al derecho a la vida del concebido y de la mujer.

**En relación al segundo Objetivo específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de necesidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

- La penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de necesidad en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que no escoge otra alternativa de tipificación menos lesiva para el derecho a la libre elección de la mujer, quienes se ven obligadas en continuar con su embarazo o abortar clandestinamente.
- Que debemos partir de un análisis de la tipificación del aborto Sentimental y Eugenésico desde una norma: conducta (Penalización de ambos tipos de abortos) ante el cual decimos que la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico en este sentido, si son necesarios para lograr el fin constitucionalmente legítimo (protección de la vida del concebido), dado que no existe otra alternativa igual de idónea para la protección del

derecho tutelado en estos casos (el derecho a la vida del concebido), por lo que desde este punto de vista si superaría este examen de necesidad.

- Ahora con respecto a la norma: sanción concluimos que tampoco es necesaria por no ser idónea en la eficacia preventiva de la pena (norma: sanción); Aunado a ello concluimos que nos encontramos frente a un supuesto actual en el cual, el Estado está utilizando el derecho penal para afectar la libertad de una mujer para tutelar otro bien jurídico del mismo rango constitucional (derecho a la vida del concebido); por lo que desde este punto de vista sería inconstitucional.

**En relación al tercer Objetivo específico referido a: Determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de ponderabilidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.**

- La penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de ponderación en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que sobrepone el derecho a la vida del concebido como derecho absoluto frente al derecho de libre elección de la mujer.
- Que, al encontrarnos ante unos evidentes conflictos de derechos de la misma jerarquía apriorística, para determinar el predominio de uno sobre otro, siendo que este tipo de abortos no se puede fundamentar en base a normas sino a una capacidad reflexiva y doctrinal del Juicio.
- Respecto al caso de la interrupción del embarazo a consecuencia de una violación sexual decimos que el bien jurídico afectado sería el derecho a la vida del concebido, ello es un tema no cuestionable; Sin embargo es menester precisar que la acción que afecta el bien jurídico vida, es un resultado posterior de dos vulneraciones a la libertad de la mujer, siendo que la primera se llevó a cabo vulnerando su libertad sexual, mientras que la segunda vulnerando el libre desarrollo de su personalidad: proyecto de vida, libertad de decisión; siendo esta la situación donde debemos aplicar el test de ponderación el cual debe ir de la mano con el criterio de Justicia propio de las bases del Derecho, por lo que decimos si bien se está terminando con la vida del concebido también se debe tener en cuenta que

la mujer está siendo instrumentalizada en tres oportunidades en un mismo proceso, siendo que esta instrumentalización de manera colectiva no puede ser llamada Justicia por donde lo veas, en ese sentido resultaría inconcebible pensar en un verdadero Estado de derecho desvinculado del valor justicia que debe residir en el Derecho, debiéndose tomar en consideración que los bienes jurídicos, no será la misma en todos los casos y para todas las personas en general. Es decir, a una mujer que ha sido víctima de violación sexual no se le puede pedir que acepte valoraciones externas de justicia cuando se está tomando en consideración a las vulneraciones previas de la que ella misma ha sido víctima o que en el caso del aborto eugenésico se le obligue a llevar a cabo un embarazo que sabe que al nacer él bebé morirá imponiéndole un doble sufrimiento incluso afectación psíquica y emocional, ese no es el verdadero sentido de Justicia.

## **VI Recomendaciones**

Conforme al resultado estadístico, Análisis de Fuente Documental, Jurisprudencial comparado, de los Antecedentes de Investigación se puede recomendar lo siguiente:

- Declarar Inconstitucional la tipificación del aborto cuando el embarazo sea a consecuencia de violación sexual o inseminación artificial no consentida fuera del matrimonio, así como del aborto eugenésico del aborto cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves malformaciones físicas y psíquicas incompatibles con la vida extrauterina y su consecuente derogación del Ordenamiento Jurídico.
- Declarar inconstitucional la penalización del aborto sentimental y eugenésico, que pese haber superado el test de idoneidad con respecto al análisis de la norma: conducta por ser considerado como una medida idónea para la protección del bien jurídico protegido (derecho a la vida del concebido); sin embargo desde la perspectiva del análisis de la norma: sanción, con esta penalización no representaría la eficacia preventiva de la pena, dado los altos índices de tasa de criminalidad por mortalidad materna a consecuencia de la practica abortiva clandestina, no resultado eficaz dicha finalidad preventiva que toda pena tiene por motivación.
- Declarar inconstitucional la penalización del aborto sentimental y eugenésico, que pese haber superado el test de necesidad con respecto al análisis de la norma: conducta por ser considerado como una medida necesaria para la protección del bien jurídico protegido (derecho a la vida del concebido) al no existir otra medida igualmente idónea desde la perspectiva de la tipificación para proteger este bien jurídico; Sin embargo desde la perspectiva del análisis de la norma: sanción, con esta penalización es innecesaria, por ello dentro de la estadística representatividad de las encuestas se puede observar un porcentaje coincidente entre los encuestados que estuvieron de acuerdo y en desacuerdo con respecto a este análisis, puesto que existe un gran sector de encuestados y de la Doctrina que señala que esta sanción penal es contradictoria a la función de la pena: preventiva, protectora y resocializadora, puesto que al tratarse de una pena privativa de libertad no mayor de 3 meses,



ésta nunca se convertiría en pena efectiva, dado que por tratarse de un plazo tan corto de pena efectiva, éste prescribiría durante la etapa investigatoria y de no ser así, en la etapa Judicial podría ser suspendida dicha pena, por no superar los dos años de pena privativa de libertad, siendo una especie de pena simbólica dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico y por lo tanto innecesaria para cumplir con su función resocializadora sino todo lo contrario cumple con una función criminalizadora otorgándole un estigma social a la mujer (víctima) como delincuente pese a que su sanción penal jamás será efectiva; En ese sentido obtener la declaración de Inconstitucionalidad y su consecuente derogación de nuestro Ordenamiento Jurídico, con miras de declarar la no punibilidad mediante la despenalización del aborto sentimental y eugenésico genera que el Estado le devuelva a las mujeres uno de sus derechos fundamentales básicos: su derecho a decidir ser madres o no, conforme a su libre desarrollo de la personalidad, siendo que dicha capacidad de decidir no existe dado que aun por tratarse de penalidades simbólicas, de igual manera sigue siendo una conducta prohibida, motivo por el cual requiere de inmediata que los Operadores de Justicia analicen la declaración de Inconstitucionalidad de la Penalización del Aborto Sentimental como del aborto eugenésico.

- Declarar inconstitucional la penalización del aborto sentimental y eugenésico, al no haber superado el test de ponderabilidad, dado que según la tipificación de estos dos tipos de abortos atenuados, se está protegiendo el derecho a la vida del concebido como un derecho absoluto frente al derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer: derecho a decidir, a su dignidad como persona; puesto que luego de haber aplicado los instrumentos de investigación se ha logrado establecer que ante esta existencia marcada de conflicto de derechos ambos de rango constitucional, concluyendo que el grado de satisfacción del derecho a la vida del concebido no es proporcional al grado de afectación del derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, es decir no existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora o con la conducta de un particular en función de la protección del bien constitucional con respecto al perjuicio que generan al otro

bien constitucionalmente tutelado o relevante. Por lo que en este sentido, se tiene que valorar de forma directa el grado de afectación o lesión de un bien constitucionalmente tutelado, el grado de importancia y urgencia en la satisfacción del otro. Recayendo la necesidad, de apreciar los bienes jurídicos constitucionalmente tutelados con respecto al caso concreto, no en su calidad de valores, sino de bienes y por tanto evaluables a la luz del contexto determinado, y si bien es cierto, es incuestionable que el aborto cause una conmoción social, moral y religiosa catalogándolo como un mal absoluto, siendo que ello nace de la conciencia de cada persona, pero lo que no se encuentra justificado es que la sanción punitiva también sea derivada de la propia conciencia, siendo que más que un castigo penal es un atentado contra la dignidad de las mujeres encontradas bajo estos supuestos es por ello, que se requiere de una revisión de la legislación penal vigente sobre estos tipos penales para adecuarla a los estándares constitucionales, logrando que coincidan con los internacionales.

- Modificar el artículo 119° del Código Penal e incorporar la NO PUNIBILIDAD del aborto sentimental en los casos de violación sexual o inseminación artificial no consentida, siempre que estos hechos hayan sido denunciados o investigados policialmente; así como del aborto eugenésico del aborto en los casos de que es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves malformaciones físicas y psíquicas incompatibles con la vida extrauterina, siempre que exista un previo Informe Médico que lo establezca como tal y cuanto menos ratificado por otro médico.(Lege Ferenda).

## **VII. Referencias bibliográficas**

### Bibliografía

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ruiz S.A.
- Arcila, M. M. (2015). *Breviario de Definiciones sexuales-Temas relacionados con los delitos contra la libertad sexual de que trata el Título IV del libro segundo del Código Penal Colombiano*. Colombia: Edición Virtual 2015.
- Arenas Fernandez, J. (2015). *aborto por malformaciones congenitas en el Perú*. Lima : Editorial El Buho E.I.R.L.
- Azuara Cárdenas, M. A. (09 de Setiembre de 2015). *Tesis para obtener el grado de Mestro en Derechos Humanos*. San Luis de Potosí, Ciudad de Mexico, Estados Unidos de México: Universidad Autonoma de San Luis de Potosí.
- Bacigalupo, E. (2011). *Los delitos de homicidio- Aborto. Estudios sobre la parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Akal.
- Bacilio Escobedo, M. (20 de Octubre de 2015). *El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Tesis para obter por el título profesional de Abogada*. La Libertad, Trujillo, Lima: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Bramont Arias Torres, L. (2010). *Manual de Derecho Penal Parte Especial* . Lima: San Marcos.
- Carrión Mediavilla, J. (12 de Julio de 2016). *La Despenalización del Aborto y los derechos sexuales y reproductivos en la Legislación Ecuatoriana. Tesis para la Obtención del título de abogada de los Tribunales de la República*. San Miguel de Ibarra, Imbabura, Ecuador: Universidad Regional Autonoma de los Andes.
- Castillo Alva. J. (2010). *Delito de Aborto*. Lima: Ara Editores.
- Chirinos Soto, F. (2011). *Código Penal comentado, anotado, sumillado, concordado y Jurisprudencia*. Lima: San Marcos.
- Diaz Colchado, J. C., & Ramirez Huaroto, B. (2016). *El aborto y los derechos fundamentales Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina*. Lima: PROMSEX.

- Escribens, P. (2001). *Proyecto de vida de mujeres víctimas de violencia sexual en conflicto armado interno*. Lima: IDEMSA.
- Ezaine Chavez, A. (2013). *Enciclopedia de Ciencias Jurídicas Tomo I*. Lima: Editores Importadoras S.A.
- Figari, R. (2012). *Temas de Derecho Penal*. Lima: Juristas S.A.
- Guastini, R. (2007). *Estudios de Teoría Constitucional. Doctrina Jurídica Contemporánea*. Mexico: Juristas E.I.R.L.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Lima: Editorial Moreno S.A.C.
- Hurtado Pozo, J. (2011). *Manual de Derecho Penal Parte General Tomo I*. Lima: IDEMSA.
- Lopera Mesa, G. (2010). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Lima: Jurista Editores S.A.
- Lopez de León, S. M. (15 de Octubre de 2014). Despenalización del aborto con ocasión de una violación. *Tesis para obtener el grado académico de licenciada en ciencias Jurídicas y Sociales*. Quetzaltenango, Quetzaltenango, Guatemala : Universidad Rafael Landívar.
- Muñoz, C. F. (2014). *Teoría del Delito*. Bogotá: Ternis.
- Núñez, R. C. (2017). *Manual de Derecho Penal*. Lima: El Buho E.I.R.L.
- Peña Cabrera, R. (2014). *Tratado del Derecho Penal. Parte especial, Tomo I*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Perez, G. W. (15 de Setiembre de 2016). Despenalización del Aborto Sentimental y Eugenesico en el Código Penal Peruano. *Tesis para obtener el grado de Magister*. Lambayeque, Chiclayo, Peru: Universidad Pedro Ruiz Gallo.
- Pietro Sanchis, L. (2002). *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Prado, S. V. (2010). *Política Criminal Peruana*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Rojas Pulido, J. A. (08 de Noviembre de 2015). Despenalización del Aborto Eugenesico en casos de Embarazo con malformaciones o taras

incompatibles para la vida en el Perú. *Tesis para optar el título profesional de abogado*. Huanuco, Huanuco, Peru: Universidad de Huanuco.

Salinas, S. R. (2012). *Derecho Penal: Parte Especial- 3era Edición*. Lima: Lustita Editores.

Sánchez Carlessi, H. (2000). *Metodología y diseños en la investigación científica*. Lima: Ed.Universidad Ricardo Palma.

Tavara, L. (2010). *Despenalización del aborto sentimental como delito*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.

Urquiza, O. J. (2017). *Código PenalPractico*. Lima: Gaceta Juridica S.A.

Valdez, M. (2003). *En Dilemas Éticos: Aborto y anticoncepción en México*. Mexico DF: Fondo de Cultura Economica.

Villa Stein, J. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da Edición*. Lima: San Marcos.

## **Anexos**

## Anexo 1: Matriz de Consistencia

TITULO: La Inconstitucionalidad de la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico en el marco de aplicación del Principio de Proporcionalidad							
Problema Principal	Objetivos	Hipótesis	Dimensiones	Indicadores	Ítems	Escala de medición	Niveles y Rangos
¿En qué medida la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico es inconstitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer?	Determinar si la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es constitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer.	Es inconstitucional la Penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad en la medida que nuestro Ordenamiento Jurídico avale como derecho absoluto “la vida del concebido” y vulnere el “derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer”				Nominal	Si = 1 No = 0  De acuerdo [8 – 12] Parcialmente de acuerdo [4 – 8] Desacuerdo [0 - 4 >
Problemas Secundarios							
¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de idoneidad en aplicación del Principio de Proporcionalidad?	Determinar en qué medida la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.	La penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el <b>Test de Idoneidad</b> en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que no resulta ser un medio apto y eficaz para prevenir la realización de la conducta prohibitiva	- Test de Idoneidad.	- Disposición normativa justificable.  - Disposición normativa eficaz.	1-4	Nominal	Si = 1 No = 0 De acuerdo [2 – 4] Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 > No De acuerdo [0 - 1 >
¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de necesidad en aplicación del Principio de Proporcionalidad?	Determinar en qué medida la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de <b>necesidad</b> en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.	La penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de necesidad en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que no escoge otra alternativa de	- Test de Necesidad.	- Disposición normativa necesaria.  - Disposición	5-7		Si = 1 No = 0 De acuerdo [2 – 3] Parcialmente de



		tipificación menos lesiva para el derecho a la libre elección de la mujer, quienes se ven obligadas en continuar con su embarazo o abortar clandestinamente.		normativa indispensable			<p>acuerdo [ 1 - 2 &gt;</p> <p>No De acuerdo [0 - 1 &gt;</p>
¿En qué medida la penalización del aborto sentimental y Eugenésico supera el test de ponderación en aplicación del Principio de Proporcionalidad?	Determinar en qué medida la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de <b>ponderabilidad</b> en Aplicación del Principio de Proporcionalidad.	La penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de ponderación en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que sobrepone el derecho a la vida del concebido como derecho absoluto frente al derecho de libre elección de la mujer.	- Test de Ponderación.	- Si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.	8-11	Nominal	<p>Si = 1</p> <p>No = 0</p> <p>De acuerdo [2 – 4]</p> <p>Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 &gt;</p> <p>No De acuerdo [0 - 1 &gt;</p>

Fuente: *Elaboración propia*

**Anexo 2: Encuesta**

**Cuestionario sobre la Inconstitucionalidad de la Penalización  
del aborto Sentimental y Eugenésico en el marco de  
Aplicación del Principio de Proporcionalidad a Abogados  
especialistas en materia Penal o Constitucional**

Sujeto a encuestar: XXX

Lugar: ..... Fecha: ..... Duración: .....

**Datos demográficos:**

Sexo: .....

Máximo nivel académico obtenido: .....

Antigüedad en la institución: .....

**Finalidad:**

El cuestionario tiene la finalidad de Analizar si la Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es constitucional en el marco de la aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar como derecho absoluto la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, distrito Fiscal del Callao, año 2017.

**Instrucciones:**

- a) El presente cuestionario se lleva a cabo con fines académicos, los datos revelados en ellos serán tratados con reserva.
- b) Marque con una equis (X) donde corresponda y responder donde se requiera.
- c) Le solicitamos que lea las preguntas tranquilamente y que dé respuesta a todas ellas.

La escala de valoración es la siguiente:

Si = 1

No = 0

N°	Pregunta	Alternativas de respuesta	
		SI	NO
1	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?		
2	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?		

3	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?		
4	¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?		
5	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?		
6	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?		
7	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?		
8	¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?		
9	¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?		
10	¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?		
11	¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?		

Fuente: Elaboración propia

### Anexo 3: Análisis de marco normativo Internacional sobre la Aplicación del Principio de Proporcionalidad

Norma (denominación , fecha de publicación, vigencia)	Contenido literal de la norma	Interpretación Exegética	Interpretación Sistemática	Conclusiones
<b>Convención Europea Derechos Humanos.</b>	<p>En la Convención Europea de Derechos Humanos no existe una disposición que regule sobre el Principio de Proporcionalidad, sin embargo la regulación de la misma se encuentra implícitamente en las siguientes disposiciones: en su art. 8: derecho a la vida privada y familiar.</p> <p>Art. 9: derecho a la libertad de conciencia y de religión.</p> <p>Art. 10: derecho a la libertad de expresión.</p> <p>Art. 11: derecho a la libertad de reunión y de asociación y precisa que estas disposiciones constitucionales sólo son admisibles en la medida que no exista otra medida alternativa idónea para su protección.</p>	<p>Es de precisar que en el Sistema Europeo de Derechos Humanos no es tan precisa la regulación del Principio de Proporcionalidad.</p>	<p>Esta Convención no tuvo una clara influencia por parte de la Doctrina Alemana, dado que no reguló explícitamente el Principio Constitucional de Proporcionalidad, pero si lo regula al vincularlo con otros derechos fundamentales regulados en dicha convención en sus artículos 8 al 11.</p>	<p>El principio de proporcionalidad ha sido recogido por el Sistema Europeo de Derechos Humanos, aunque en menor medida que en Derecho de la Unión Europea específicamente en su artículo 5 del Tratado de la Unión Europea, en la que si regula expresamente Este Principio Constitucional.</p>
<b>Declaración Universal de Los Derechos Del Hombre de 1948</b>	<p>En el art. 29.2 del mencionado cuerpo normativo, refiere que la finalidad de todo Estado de Derecho está en respetar los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.</p>	<p>La referida regulación Jurídica estaría conteniendo implícitamente la aplicación del Principio de Proporcionalidad al señalar que las restricciones a los derechos fundamentales solo se pueden dar con el objetivo de respetar los derechos y libertades de los demás.</p>	<p>En ese sentido, es preciso mencionar que esta Regulación Jurídica tiene repercusión en lo regulado por nuestra Constitución Política y los criterios Jurisprudenciales adoptados por nuestro Ordenamiento Jurídico</p>	<p>El Principio de Proporcionalidad según esta Legislación lo cataloga como una técnica de interpretación cuyo objetivo es tutelar los derechos fundamentales haciendo que éstos sean compatibles con otros derechos, en la medida en que sea posible. Así mismo establece la existencia de límites a los derechos fundamentales e imponiendo un filtro en la intromisión de los derechos fundamentales.</p>
<b>Convención Interamericana De</b>	<p>La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Jurisprudencia mayoritaria establece este Principio Constitucional pero de manera no expresa al señalar que los derechos fundamentales es necesaria en una</p>	<p>Ahora bien, el Principio de proporcionalidad, según esta Convención no solo está referida a la necesidad de una Sociedad Democrática con respecto al derecho a la libertad personal, al derecho a las garantías judiciales, al derecho a la</p>	<p>Se usó la proporcionalidad, por esta Corte al señalar la probabilidad de suspender garantías que contempla el artículo 27.1 de la Convención.</p>	<p>En consecuencia, el principio de proporcionalidad se consolida al aceptar que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho se enfrenta a la posibilidad de ser limitado.</p>

<b>Derechos Humanos (San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969).</b>	<p>Sociedad Democrática, mediante el cual limitaba algunos derechos y libertades.</p> <p>La Corte sostuvo que en el sistema interamericano la limitación que presenta este Principio Constitucional está referida con el objetivo de escoger la medida punitiva que afecta en menor escala al derecho protegido, y la restricción debe ser proporcionada al. Así mismo precisa que no debe haber otra medida alternativa para conseguir el fin que restringe el derecho fundamental.</p>	<p>protección de la honra y de la dignidad, libertad de expresión, al derecho de circulación y de residencia, a los derechos políticos, al derecho a la protección judicial.</p>		
<b>Código Penal Peruano de 1991 aprobado mediante Decreto Legislativo N° 635</b> <b>Promulgado : 03-04-91</b> <b>Publicado : 08-04-91</b>	<p><b>Artículo VIII del Título Preliminar</b> refiere que la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho, con lo cual se estaría regulando de manera implícita el Principio de Proporcionalidad.</p> <p><b>En ese sentido, también en el Artículo 73°</b> refieren a la regulación de las medidas de seguridad deben ser proporcionales con la peligrosidad delictual del agente así como de la gravedad del hecho cometido.</p>	<p>En concordancia con la Constitución que garantiza y ampara la libertad del derecho a la defensa que tiene toda persona al momento de acudir a los órganos judiciales y conseguir de ellos un proceso justo, ágil, transparente e imparcial y sobre todo que conlleve a una sentencia justa y no desproporcional de acuerdo al delito cometido..</p>	<p>En este contexto, según nuestro Ordenamiento Jurídico Penal la proporcionalidad de las sanciones penales (penas y medidas de seguridad) los cuales se enmarcaría en una medida de protección de la persona humana y de la sociedad, frente a la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley.</p>	<p>A manera de conclusión se precisa que en nuestra legislación penal vigente requiere una revisión de la proporcionalidad de sus sanciones o medidas de seguridad, así como de su afianzamiento a los preceptos Constitucionales e internacionales.</p>
<b>Constitución Política del Perú de 1993 publicado 30/12/1993</b>	<p>Respecto la Aplicación del principio de proporcionalidad ante la existencia de conflictos de derechos fundamentales tenemos las acciones constitucionales reguladas por el artículo 200° señala cuales son las garantías constitucionales como son La Acción de Habeas Corpus, la Acción de Amparo, Acción de Habeas Data, Acción de Inconstitucionalidad, Acción Popular y Acción de Cumplimiento.</p>	<p>Tanto en la Doctrina Alemana como en la Jurisprudencia Peruana, el Principio de Proporcionalidad se ha dividido en tres niveles: idoneidad, necesidad y ponderación.</p> <p>Así mismo nuestro Tribunal Constitucional refiere que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, por ende se expresa como un mecanismo de control de la constitucionalidad con el objetivo de determinar la intervención o incidencia de los poderes públicos, sobre el ejercicio de los derechos fundamentales.</p>	<p>Nuestro Tribunal Constitucional ha definido a este Principio como un Principio General del Derecho, que se puede aplicar en cualquier campo del Derecho.</p>	<p>En este sentido, se puede apreciar que nuestro Tribunal Constitucional al igual que muchos otros ordenamientos jurídicos, ha adoptado la técnica alemana de la ponderación o test de proporcionalidad de los derechos fundamentales y, en consecuencia, se puede establecer que nuestro Tribunal ha adoptado la tesis que propugna la existencia de conflictos entre los derechos fundamentales, siendo indispensable aplicar el Test o Principio de proporcionalidad a fin de determinar cuál es el derecho que predomina en cada caso concreto.</p>

*Fuente: Tomado de Gonzales Cuellar Serrano (2017)*

## Anexo 4

### CARTA DE PRESENTACIÓN

Señor(a)(ita):

.....

Presente

Asunto: VALIDACIÓN DE INSTRUMENTOS A TRAVÉS DE JUICIO DE EXPERTO.

Me es muy grato comunicarnos con usted para expresarle mis saludos y así mismo, hacer de su conocimiento que siendo estudiante del programa de Post grado con mención Derecho Penal y Procesal Penal de la UCV, en la sede Los Olivos, promoción 2015-I, aula 204, requiero validar el instrumento con el cuales recogeré la información necesaria para poder desarrollar nuestra investigación y con la cual optare el grado de Magíster.

El título nombre de nuestro proyecto de investigación es: La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del principio de proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017, y siendo imprescindible contar con la aprobación de docentes especializados para poder aplicar los instrumentos en mención, hemos considerado conveniente recurrir a usted, ante su connotada experiencia en temas jurídicos penales y/o investigación jurídica penal.

El expediente de validación, que le hacemos llegar contiene:

- Carta de presentación.
- Definiciones conceptuales de las variables y dimensiones.
- Matriz de operacionalización de las variables.
- Certificado de validez de contenido de los instrumentos.

Expresándole mis sentimientos de respeto y consideración me despido de usted, no sin antes agradecerle por la atención que dispense a la presente.

Atentamente.

---

Firma

Br. Geraldine Dayana Tolentino Lázaro

D.N.I: 46076398

## **DEFINICIÓN CONCEPTUAL DE LAS VARIABLES Y DIMENSIONES**

### **Variable: Principio de Proporcionalidad**

Es un principio de naturaleza constitucional que permite medir, controlar y determinar que aquellas inferencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales.

### **Dimensiones de las variables:**

#### **Dimensión 1: test de idoneidad**

Test de Idoneidad o adecuación, consiste en el Juicio para determinar si la medida limitativa de un derecho es un medio idóneo y apto para lograr alcanzar el fin constitucional que se busca proteger con dicha medida.

#### **Dimensión 2: test de necesidad**

Test de Necesidad, consiste en el Juicio destinada a determinar si la medida limitativa adoptada que restringe un derecho fundamental con la finalidad de satisfacer otro derecho fundamental, sería la única medida idónea para lograr dicho fin, o es que existen otras medidas alternativas e iguales de idóneas para la consecución de tal fin constitucional.

#### **Dimensión 3: test de ponderación**

Test de Ponderación, este Juicio consiste en analizar y determinar si existe proporcionalidad entre el grado de satisfacción del derecho constitucionalmente protegido(derecho a la vida del concebido) y el grado de afectación con el derecho vulnerado(derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer), es decir existe un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en función de la protección del bien constitucional con respecto al perjuicio que generan al otro bien constitucionalmente tutelado.

## MATRIZ DE OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES

### Variable: Principio de Proporcionalidad

Dimensiones	indicadores	ítems	Niveles o rangos
<b>Test de idoneidad o adecuación</b>	Disposición justificable.	1-4	De acuerdo [2 – 4]
	Disposición eficaz.		Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 > No De acuerdo [0 - 1 >
<b>Test de Necesidad</b>	Disposición necesaria.	5-7	De acuerdo [2 – 3]
	Disposición indispensable.		Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 > No De acuerdo [0 - 1 >
<b>Test de Ponderación</b>	Si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro.	8-11	De acuerdo [2 – 4] Parcialmente de acuerdo [ 1 - 2 > No De acuerdo [0 - 1 >

*Fuente:* Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)



**CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE PENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO**

N°	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia <sup>1</sup>		Relevancia <sup>2</sup>		Claridad <sup>3</sup>		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	<b>DIMENSIÓN 1: Test de Idoneidad o adecuación</b>							
1	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?	✓		✓		✓		
2	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?	✓		✓		✓		
3	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?	✓		✓		✓		
4	¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		
	<b>DIMENSIÓN 2: Test de Necesidad</b>							
5	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		

6	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
7	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?	✓		✓		✓		
<b>DIMENSIÓN 3: Test de Ponderación</b>		<b>Si</b>	<b>No</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>	
8	¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
9	¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
10	¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
11	¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?	✓		✓		✓		

Observaciones (precisar si hay suficiencia): SI HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad:      Aplicable ☒      Aplicable después de corregir ☐      No aplicable ☐

Apellidos y nombres del juez validador. Dr/ Mg: FELIX ACOSTA FLORELLA JANETH

DNI: 43060866

Especialidad del validador: MAG. EN DERECHO PENAL Y PROCESAL PENAL - FISCAL ADJUNTA PROV. DEL COLOMB (2º PRCC)

**CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE PENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Nº	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia <sup>1</sup>		Relevancia <sup>2</sup>		Claridad <sup>3</sup>		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	<b>DIMENSIÓN 1: Test de Idoneidad o adecuación</b>							
1	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?	✓		✓		✓		
2	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?	✓		✓		✓		
3	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?	✓		✓		✓		
4	¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		
	<b>DIMENSIÓN 2: Test de Necesidad</b>							
5	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		

6	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
7	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?	✓		✓		✓		
<b>DIMENSIÓN 3: Test de Ponderación</b>		<b>Si</b>	<b>No</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>	<b>Si</b>	<b>No</b>	
8	¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
9	¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
10	¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓		
11	¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?	✓		✓		✓		

Observaciones (precisar si hay suficiencia):

*Si hay suficiencia.*

Opinión de aplicabilidad:

Aplicable ☒ Aplicable después de corregir ☐ No aplicable ☐

Apellidos y nombres del juez validador, Dr/ Mg:

*Flavio Sotelo Willego*

DNI: *00175729*

Especialidad del validador:

*Gerente económica y prof / Económico*

*[Firma]*  
Dr. William Sebastian Flores Sotelo  
Docente Investigador de Posgrado  
CEL N° 09426

### CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DEL INSTRUMENTO QUE MIDE PENALIZACIÓN DEL ABORTO SENTIMENTAL Y EUGENÉSICO

Nº	DIMENSIONES / ítems	Pertinencia <sup>1</sup>		Relevancia <sup>2</sup>		Claridad <sup>3</sup>		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	
	<b>DIMENSIÓN 1: Test de Idoneidad o adecuación</b>							
1	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuando el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?	✓		✓		✓		
2	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuando el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?	✓		✓		✓		
3	¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuando es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?	✓		✓		✓		
4	¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		
	<b>DIMENSIÓN 2: Test de Necesidad</b>							
5	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	✓		✓		✓		



6	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓	
7	¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?	✓		✓		✓	
DIMENSIÓN 3: Test de Ponderación		Si	No	Si	No	Si	No
8	¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓	
9	¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓		✓		✓	
10	¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?	✓				✓	
11	¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?	✓				✓	

Observaciones (precisar si hay suficiencia): se hay suficiencia

Opinión de aplicabilidad:      Aplicable | ☒      Aplicable después de corregir | |      No aplicable | |

Apellidos y nombres del juez validador, Dr/ Mg: Gallardo Morales Santiago      DNI: 25514954

Especialidad del validador: Mg. Docencia e Investigación Universitaria

*[Firma]*  
Santiago Gallardo

## Anexo 5: ANALISIS DE CONFIABILIDAD

### KR\_20

Respecto a la confiabilidad Hernández et al., (2010) sostuvieron que, la confiabilidad de un instrumento de medida “Está referido al grado en que su aplicación frecuentada al mismo individuo u objeto ocasiona iguales resultados” (p.200).

Al respecto se aplicó una prueba piloto, que estuvo dirigido en 20 abogados especialistas en Derecho Penal, que presentaban las mismas características de la muestra de estudio, esto se realizó en una institución contigua, quienes mantuvieron las mismas características y condiciones de la población de estudio. La confiabilidad se determinó mediante el coeficiente de Kuder-Richardson 20 en vista que la escala es dicotómica con 2 valores.

### CUESTIONARIO

Tabla A.

*Resumen de procesamiento de casos.*

		N	%
Casos	Válido	10	100,0
	Excluido <sup>a</sup>	0	,0
	Total	10	100,0

a. La eliminación por lista se basa en todas las variables del procedimiento.

Tabla B.

*Estadísticas de fiabilidad de la prueba piloto.*

Kr-20	N de elementos
,836	11

*Nota:* Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)

El coeficiente kr 20 obtenido para la variable Penalización del Aborto Sentimental y Eugénico es de 0.836 podemos afirmar que el instrumento de tiene una fuerte confiabilidad.

Tabla C.

*Niveles de confiabilidad.*

Rango	Magnitud
0.81 – 1.00	Muy alta confiabilidad
0.61 – 0.80	Alta confiabilidad
0,41 - 0,60	Moderada confiabilidad
0. 21. – 0.40	Baja confiabilidad
001 – 0.20	Muy baja confiabilidad

*Nota.* Escala sugerida por (Ruiz, 1998)



Tabla D.

*Estadísticas de elemento de la prueba piloto.*

	Media	Desviación estándar	N
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?	,80	,422	10
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?	,90	,316	10
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?	1,00	,000	10
¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	,50	,527	10
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	,90	,316	10

¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?	1,00	,000	10
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?	,90	,316	10
¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	,20	,422	10
¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	,20	,422	10
¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?	,20	,422	10

¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugénico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?	,10	,316	10
--	-----	------	----

---

*Nota:* Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)

Tabla E.

*Estadísticas de total de elemento de la prueba piloto.*

	Media de escala si el elemento se ha suprimido	Varianza de escala si el elemento se ha suprimido	Correlación total de elementos corregida	Kr-20 si el elemento se ha suprimido
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?	5,90	4,544	,593	,815
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?	5,80	4,844	,607	,815
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?	5,70	5,789	,000	,845

¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	6,20	4,178	,619	,816
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?	5,80	4,844	,607	,815
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?	5,70	5,789	,000	,845
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?	5,80	4,844	,607	,815

¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	6,50	4,722	,485	,826
¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?	6,50	4,500	,621	,812
¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a la libre elección de la mujer?	6,50	4,500	,621	,812
¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?	6,60	4,933	,538	,821

---

**Nota:** Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)

Tabla F.

*Estadísticas de escala de la prueba piloto.*

Media	Varianza	Desviación estándar	N de elementos
6,70	5,789	2,406	11

*Nota:* Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)

## Anexo 6: BASE DATOS PRUEBA PILOTO

Confiabilidad\_KR\_20.sav [ConjuntoDatos] - IBM SPSS Statistics Editor de datos

Archivo Editar Ver Datos Transformar Analizar Marketing directo Gráficos Utilidades Ampliaciones Ventana Ayuda

18: Visible: 11 de 11 variables

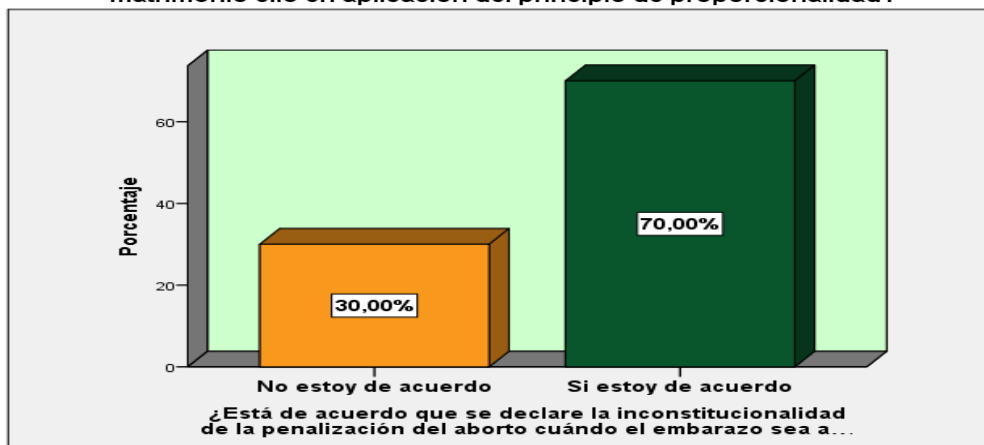
	Item_1	Item_2	Item_3	Item_4	Item_5	Item_6	Item_7	Item_8	Item_9	Item_10	Item_11	var	var	var	var	var
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1					
2	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0					
3	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0					
4	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0					
5	1	1	1	1	1	1	1	0	1	1	0					
6	1	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0					
7	0	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0					
8	1	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0					
9	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	0					
10	1	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0					
11																
12																
13																
14																
15																
16																
17																
18																
19																
20																
21																
22																
23																

Vista de datos Vista de variables

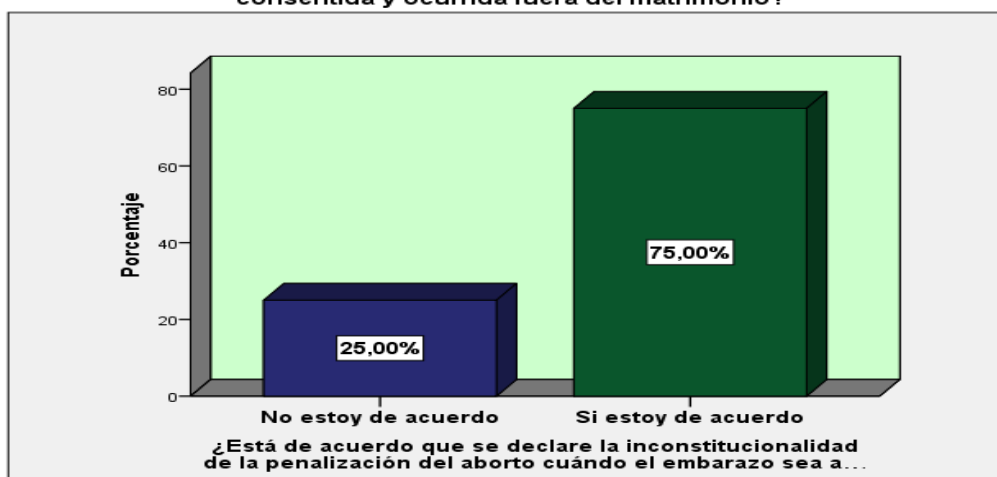


## Anexo 7: Gráficos de las preguntas

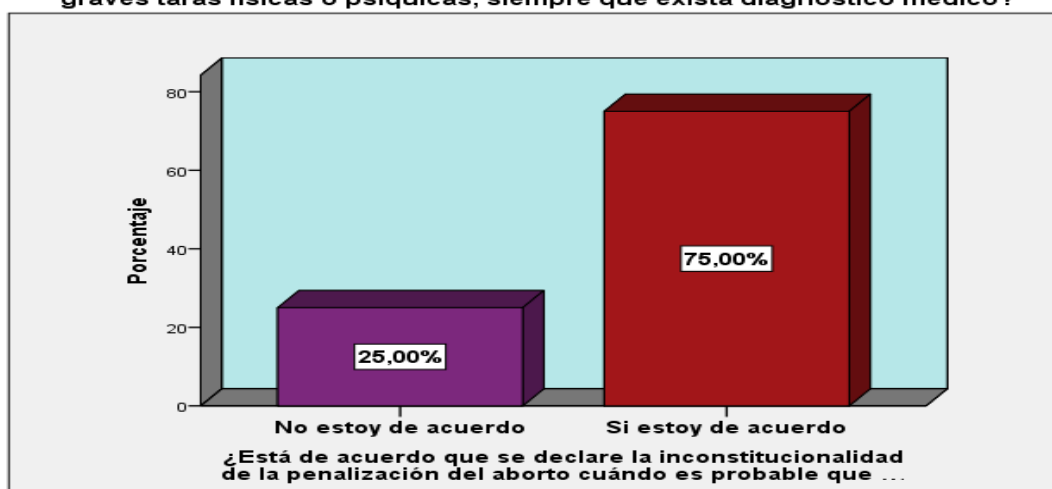
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de violación sexual fuera del matrimonio ello en aplicación del principio de proporcionalidad?



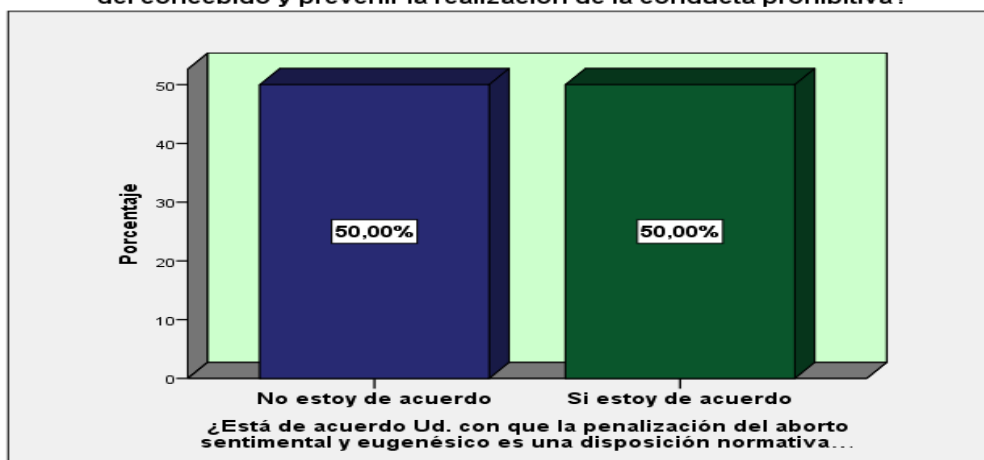
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio?



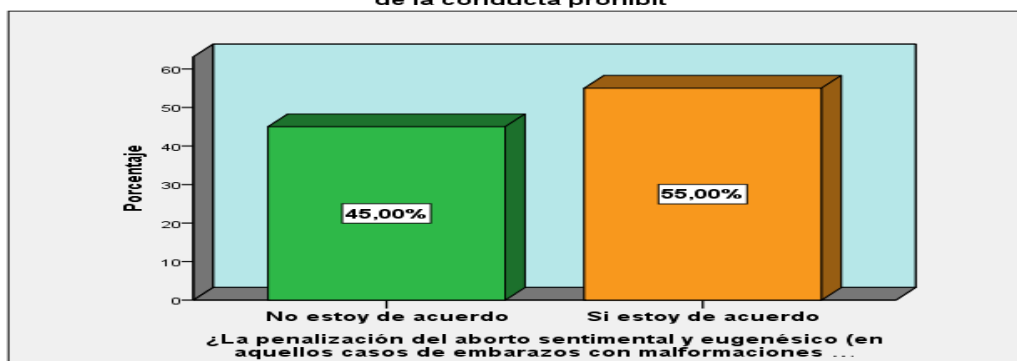
¿Está de acuerdo que se declare la inconstitucionalidad de la penalización del aborto cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas o psíquicas, siempre que exista diagnóstico médico?



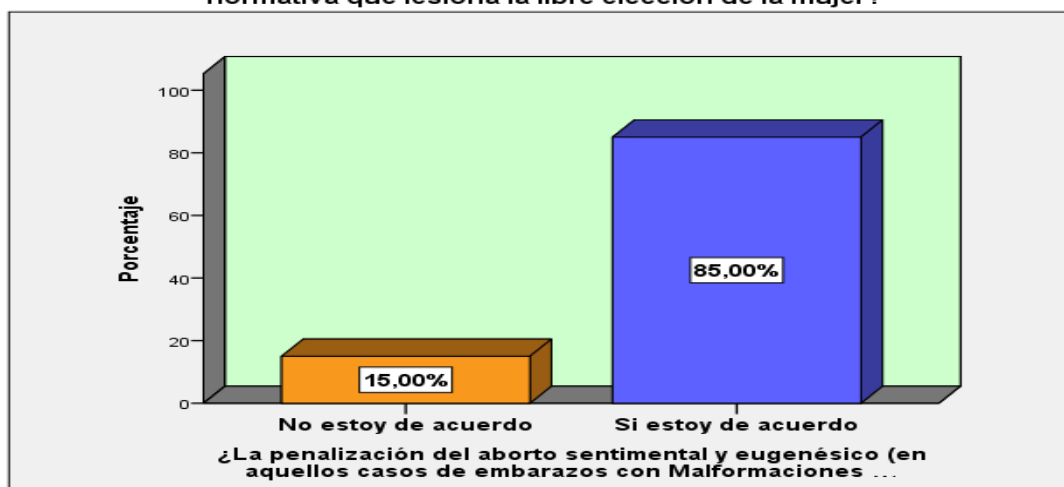
¿Está de acuerdo Ud. con que la penalización del aborto sentimental y eugenésico es una disposición normativa justificable para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibitiva?



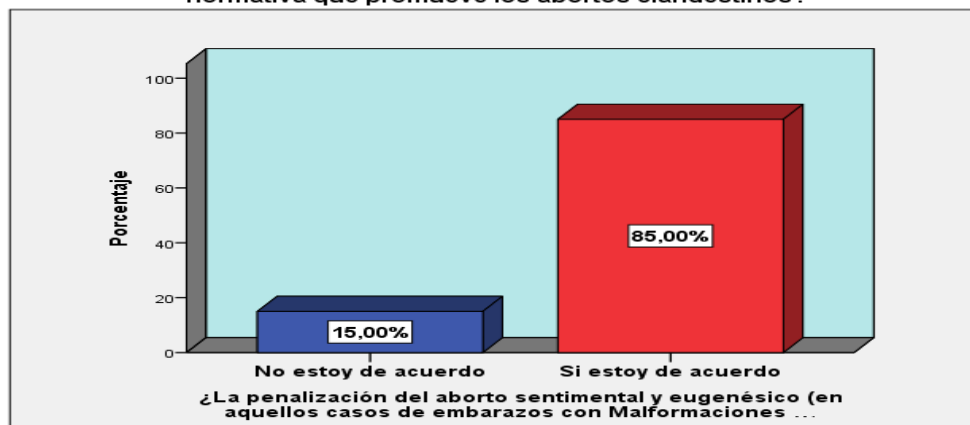
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa eficaz para proteger el derecho del concebido y prevenir la realización de la conducta prohibida?



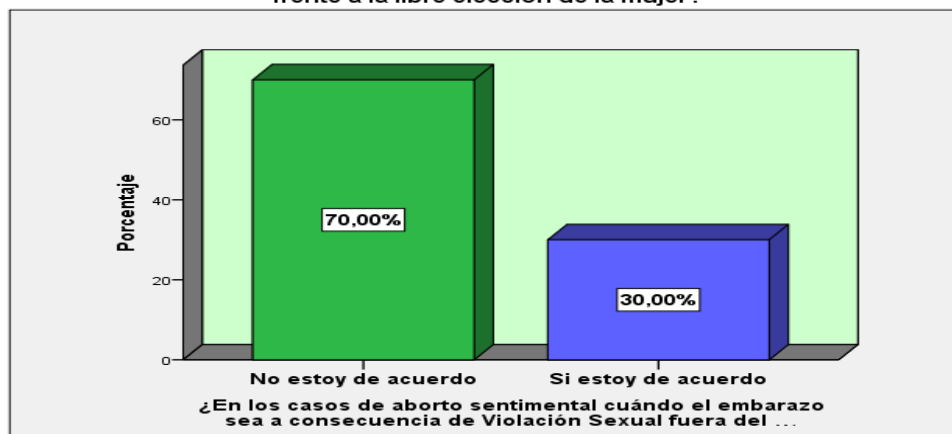
¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que lesiona la libre elección de la mujer?



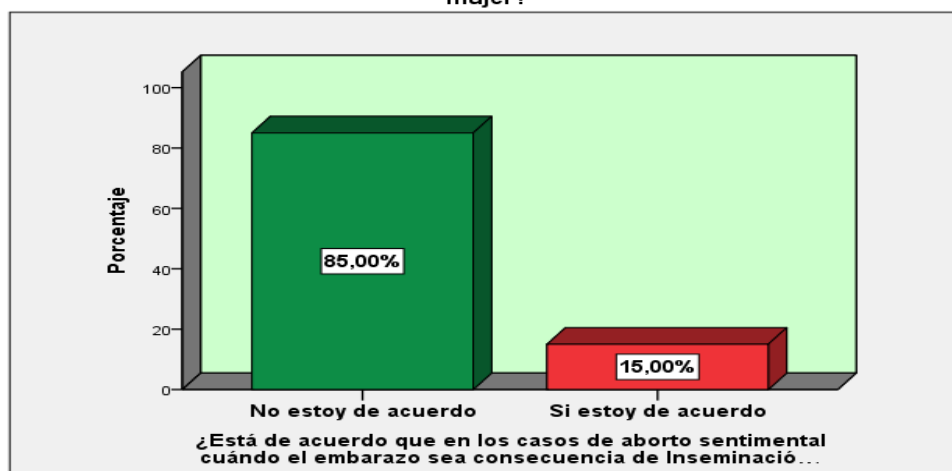
**¿La penalización del aborto sentimental y eugenésico (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) es una disposición normativa que promueve los abortos clandestinos?**



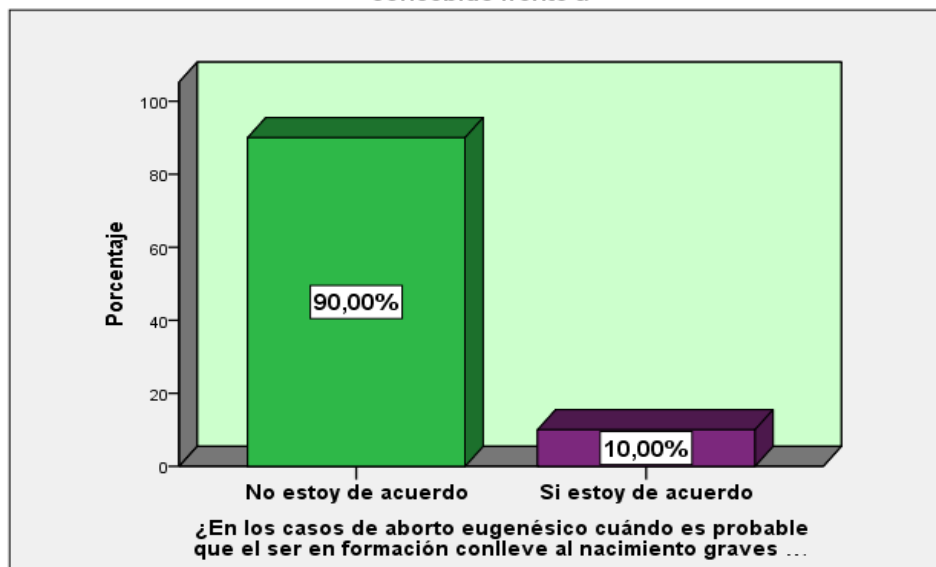
**¿En los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?**



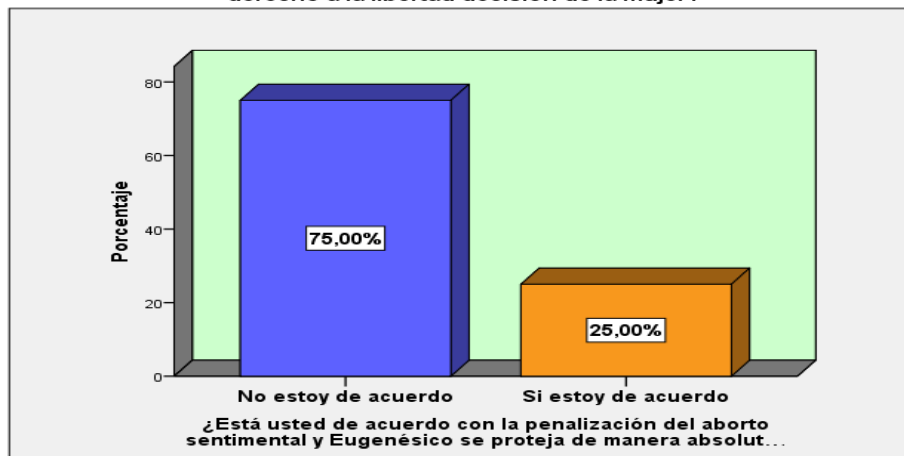
**¿Está de acuerdo que en los casos de aborto sentimental cuándo el embarazo sea consecuencia de Inseminación artificial no consentida y ocurrida fuera del matrimonio se debe primar la vida del concebido frente a la libre elección de la mujer?**



**¿En los casos de aborto eugenésico cuándo es probable que el ser en formación conlleve al nacimiento graves taras físicas (en aquellos casos de embarazos con Malformaciones incompatibles con la vida) se debe primar la vida inviable del concebido frente a**



**¿Está usted de acuerdo con la penalización del aborto sentimental y Eugenésico se proteja de manera absoluta el derecho a la vida del concebido restringiendo el derecho a la libertad decisión de la mujer?**



### Anexo 8: Base Datos

La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del principio de proporcionalidad en el distrito fiscal											
Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico											
IND.	Test de Idoneidad o adecuación				Test de Necesidad			Test de Ponderación			
	P1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11
1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1	1
2	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0
3	1	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0
4	1	1	1	1	1	1	1	0	0	0	0
5	1	1	1	1	1	1	1	0	0	1	0
6	1	1	1	0	1	1	0	0	0	0	1
7	0	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0
8	1	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0
9	0	0	1	0	0	1	0	0	0	0	1
10	1	1	1	0	1	1	1	0	0	0	0
11	1	0	1	1	0	1	1	1	1	0	1
12	0	1	0	1	0	1	1	0	0	0	0
13	0	0	1	1	1	1	1	1	0	0	0
14	1	1	0	1	0	0	1	0	0	0	0
15	1	0	1	1	1	1	1	0	1	0	0
16	1	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0
17	0	1	1	0	0	1	1	1	0	0	1
18	1	1	0	0	0	0	1	0	0	0	0
19	0	0	1	0	0	1	0	1	0	0	0
20	1	1	0	0	0	1	1	0	0	0	0

## **Anexo 9: Artículo Científico**

### **1. TÍTULO:**

La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017

### **2. AUTOR (A, ES, AS):**

Geraldine Dayana Tolentino Lázaro, [aie\\_ne\\_20\\_21@hotmail.com](mailto:aie_ne_20_21@hotmail.com), bachiller en Derecho Penal y Procesal Penal -Universidad Cesar Vallejo.

### **3. RESUMEN**

La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad, en el distrito Fiscal del callao, 2017 es una tesis que se encuentra dirigida y encaminada a lograr un aporte académico a través de un análisis constitucional de las figuras jurídicas atenuadas del aborto: aborto sentimental y el aborto eugenésico y en base a ello se planteó como objetivo general, determinar si la penalización del aborto sentimental y eugenésico es inconstitucional en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad avalar el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer y con ello lograr a posterior su despenalización.

En algunos países se ha obtenido un avance jurídico y social respecto a este tema, optando en la mayoría de dichos países por despenalizar el aborto de manera total o parcial y logrando con ello que de alguna forma las sociedades cambien su manera de pensar y actuar, aceptando el aborto como un derecho de la mujer a decidir sobre su maternidad, permitiéndose así el aborto terapéutico, eugenésico, sentimental tratando de que sea lo más seguro posible, otorgando a la mujer la posibilidad de recurrir a un hospital bajo estándares médicos adecuados.

Se utilizó el método cuantitativo-descriptivo, con un diseño no experimental transversal y exploratoria La población está constituida por 80 abogados especialistas de derecho penal de la Fiscalías Provinciales

Corporativas del Callao, el muestreo fue de tipo aleatorio y la muestra estuvo conformada por 20 abogados especialistas en Derecho Penal.

Para lograr la validez y confiabilidad de las hipótesis se ha trabajado con herramientas metodológicas y técnicas de investigación confiables, tales como fuente documental, entrevistas realizadas a personas especializadas, encuestas a personas conocedoras del derecho penal – constitucional, culminando con el marco normativo y marco normativo comparado.

En ese sentido, la presente tesis tiene como finalidad lograr la despenalización del aborto por no superar el test de proporcionalidad declarándose previamente su inconstitucionalidad ante el conflicto de derechos (derecho a la vida prenatal vs. derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) buscando, que el estado reivindique a las mujeres su derecho fundamental a decidir, así como su derecho a una maternidad libre y consciente de acuerdo a su proyecto de vida, ser madres o no en las circunstancias anotadas; debiendo precisar que dicha capacidad de decidir es nula dado que, aún con penalidades simbólicas, el aborto en estos supuestos es accionar prohibido por la ley que modifica la situación jurídica de las mujeres en delincuentes. Ahora bien, esta libertad de decisión puede representar que la madre opte por proseguir o no con la gestación pese a la clara vulneración de sus derechos fundamentales, decisión que debe ser respetada por nuestro Ordenamiento Jurídico Peruano, quien en su rol propio de un Estado Democrático de Derecho deberá desarrollar y poner a disposición todos los recursos necesarios para ello; Siendo que la libertad de decisión dentro de un contexto de despenalización, puede obtener que la conducta deje de ser típica, antijurídica y culpable para la mujer que consciente su práctica o para el médico que a petición de ésta lo realice, por lo que en ese sentido podemos decir que al buscar la despenalización del aborto sentimental como eugenésico no implica una imposición a las mujeres a abortar sino por el contrario, dejar que la madre decida sobre la continuación o no de su embarazo en dichas circunstancias.

#### **4. PALABRAS CLAVE**

Aborto ético o sentimental, aborto eugenésico, Inconstitucionalidad, principio de proporcionalidad, idoneidad, necesidad, ponderación.

## 5. ABSTRACT

The unconstitutionality of the criminalization of sentimental and eugenic abortion in the framework of the principle of proportionality, in the fiscal district of Callao, 2017 is a thesis that is directed and aimed at achieving an academic contribution through a constitutional analysis of legal figures attenuated abortion: sentimental abortion and eugenic abortion and based on it was raised as a general objective, determine whether the criminalization of sentimental and eugenic abortion is unconstitutional within the framework of application of the principle of proportionality endorse the right to life of the conceived and violate the right to the free development of the personality of the woman and with it to achieve later its decriminalization.

In some countries there has been a legal and social advance on this issue, opting in most of these countries to decriminalize abortion in whole or in part and thereby achieve that in some way societies change their way of thinking and acting, accepting abortion as a woman's right to decide about her motherhood, thus allowing therapeutic, eugenic, sentimental abortion trying to make it as safe as possible, giving women the possibility of resorting to a hospital under appropriate medical standards.

The quantitative-descriptive method was used, with a transverse and exploratory non-experimental design. The population is constituted by 80 specialized lawyers of criminal law of the Provincial Public Prosecutor's Office of Callao, the sampling was random and the sample consisted of 20 specialist lawyers in Criminal Law.

In order to achieve the validity and reliability of the hypotheses, methodological tools and reliable research techniques have been used, such as documentary sources, interviews with specialized people, surveys of people familiar with criminal law - constitutional, culminating with the regulatory framework and normative framework compared.

In this sense, this thesis aims to achieve the decriminalization of abortion for not passing the test of proportionality declaring previously unconstitutional before the conflict of rights (right to prenatal life vs. right to the free development



of the personality of women) seeking, that the state vindicate women their fundamental right to decide, as well as their right to a free and conscious motherhood according to their life project, to be mothers or not in the circumstances noted; must specify that this ability to decide is null since, even with symbolic penalties, abortion in these cases is action prohibited by law that modifies the legal status of women in criminals. However, this freedom of decision may represent that the mother chooses to continue or not with pregnancy despite the clear violation of their fundamental rights, a decision that must be respected by our Peruvian Legal System, who in its own role of a Democratic State of Law shall develop and make available all the necessary resources for it; Being that the freedom of decision within a context of decriminalization, can obtain that the conduct stops being typical, unlawful and guilty for the woman who conscious his practice or for the doctor that at the request of this one realizes, reason why in that We can say that in seeking the decriminalization of sentimental abortion as eugenic, it does not imply an imposition on women to abort, but on the contrary, to let the mother decide on the continuation or not of her pregnancy in said circumstances.

## **6. KEYWORDS**

Ethical or sentimental abortion, eugenic abortion, decriminalization, unconstitutionality, principle of proportionality, suitability, necessity, weighting.

## **7. INTRODUCCIÓN**

En nuestro Ordenamiento Jurídico Penal Peruano, la interrupción voluntaria del embarazo aún está prohibida salvo en el caso del aborto Terapéutico regulado en el artículo 119° del Código Penal cuando está en peligro la vida de la madre, siendo ello una excepción a la regla general penalizadora, en la que el Estado, por un lado, restringe la capacidad de elección de las mujeres víctimas de violación sexual y cuando estas saben que el feto presenta grave malformaciones físicas y psíquicas, por otro lado, con esta prohibición el personal médico se abstiene a brindar un servicio médico adecuado ante estos casos, por lo que obliga a las mujeres a someterse a prácticas abortivas en escasas condiciones de salubridad que muchas veces la pueden conllevar a la muerte ello a consecuencia de una absurda protección absolutista del derecho

a la vida del concebido por encima del derecho a la libre determinación de la mujer .

En ese sentido, podemos decir Derecho Penal es usado como una herramienta estatal para brindar dicha protección absoluta a la vida prenatal; siendo que para que esa medida sea constitucionalmente adecuada o idónea, debe no solo ser adecuada, sino también necesaria y proporcional a los bienes jurídicos que afecta siendo en este caso la libertad de decidir de la mujer gestante.

Esta justificación debe ser analizada, a través de la aplicación del Principio de Proporcionalidad, ello con la finalidad de determinar si la intervención penal (Penalización del aborto en casos de violación sexual y en caso de malformaciones físicas y psíquicas que sea inviable extrauterinamente), conducta punitiva que vendría conjuntamente con una sanción penal, ésta sería legítima desde un punto de vista constitucional.

En esa misma línea, podemos decir que el análisis de proporcionalidad de la intervención penal en los derechos fundamentales intervenidos se divide en dos fases por un lado se analiza la tipificación de la conducta prohibitiva en relación a la pena impuesta para ello, ello con la finalidad de establecer si el tipo y la cuantía establecido por el Legislador fueron los medios adecuados y necesarios para la protección del bien jurídico constitucional como en el presente caso materia de investigación se trata del derecho a la vida del concebido), por otro lado, se busca determinar si el bien jurídico que se está protegiendo, reviste tal importancia frente a la afectación de otro derecho fundamental (libre desarrollo de la personalidad de la mujer), para lo cual se estaría aplicando la ponderación en sentido estricto.

Que en atención a la aplicación del principio de proporcionalidad en la tipificación del aborto sentimental y el aborto eugenésico, consideramos que la tipificación del mismo en el artículo 120 inciso 1 y 2 del Código Penal vendría a ser una medida idónea para proteger la vida del feto, dado que existe una relación causal adecuada entre ésta y la protección de la vida del concebido, por otro lado, somos de la opinión que dicha penalización es una medida necesaria , dado que para la protección del derecho a la vida del concebido no existe otro mecanismo alternativo ya sea penal o extrapenal igual de idónea y que a su vez intervenga en menor incidencia el derecho a la libertad de

decisión de la mujer gestante; para finalizar con respecto al análisis de ponderación en sentido estricto que la protección del derecho a la vida del concebido (bien jurídico constitucional) protegido mediante la intervención penal en el derecho a decidir de la mujer gestante, por lo que en ese sentido y según la Doctrina mayoritaria, el derecho a la vida del concebido no es un fin absoluto, sino relativo, el cual es susceptible al igual que los demás derechos fundamentales a ceder según las circunstancias fácticas en que se desarrolló así como también se debe observar que otros bienes jurídicos constitucionales podrían verse afectados en relación a dichas circunstancias fácticas. En consecuencia la prohibición penal del aborto en los casos que el producto de la concepción sea fruto de una violación sexual o en todo caso presente graves taras físicas y psíquicas que hagan inviable su vida extrauterina afectaría no solo a la libertad de decisión de la mujer a decidir ser madre o no, capacidad que se fundamenta en el derecho al libre desarrollo de su personalidad y el Principio de autonomía personal así como también se estaría vulnerando el derecho fundamental a su salud física y mental así como su derecho a no ser sometida a tratos crueles e inhumanos, dado que tal como se encuentra tipificado este tipo de abortos dan una idea que a la mujer se le considera como instrumentos receptores de una vida prenatal, es decir no su derecho no es un fin en sí mismas sino solo son un medio, lo cual atenta a su derecho a la dignidad como sujetos de derechos.

En esas mismas líneas recurrimos a citar a Atienza (2010) quien refiere que si bien cierto para una parte de la Sociedad, el aborto es un acto reprochable, inmoral y considerado un mal absoluto, siendo un juicio que proviene de su propia conciencia, siendo que ello no sería un fundamento justificado para la penalización del aborto en los supuestos antes mencionados; siendo que esta penalización y la correspondiente sanción penal no solo es un mal absoluto, sino una manera de vulnerar su derecho a la dignidad de la mujer

Por ello, es que nosotros desarrollaremos en esta investigación lo que se requiere de manera urgente una revisión de la legislación penal vigente sobre los abortos atenuados del artículo 120° inciso 1 y 2 del Código Penal para adecuarla a los estándares constitucionales, que coinciden con los Tratados Internacionales, aunque la fundamentación realizada puede ser usada también

para inaplicar las normas penales en los procesos en que algunas mujeres sean investigadas por no optar por el sacrificio enmascarado de un absurdo heroísmo que el derecho penal vigente requiere de ellas a costa de sus derechos Fundamentales.

## **METODOLOGÍA**

Se realiza la presente investigación dentro de un enfoque cuantitativo según Mucchelli (1996)

Con respecto al método cuantitativo de investigación existen muchas conceptualizaciones, una de ellas señala que “usa una recolección de datos para probar hipótesis, en base a la medición numérica análisis estadísticos, para establecer patrones de comportamientos y probar” (p.67).

La presente investigación cuantitativa, tuvo por nivel de investigación: Descriptivo- Explicativo que tiende a analizar nuestro planteamiento de problema y probar nuestra hipótesis,

El tipo de investigación es básico y Dogmático- Normativa, ya que implica un estudio sobre la inconstitucionalidad del aborto sentimental y eugenésico en el marco de aplicación del principio de proporcionalidad así como las diversas teorías en caso de conflictos de derechos; es decir, este tipo de estudio analizan situaciones particulares presentes para ser aplicados ulteriormente, predice los resultados de un problema particular actual podrían tener vigencia en otras situaciones y contextos temporales (Propuesta de Lege Ferenda) con lo cual culminare mi presente investigación.

El diseño de estudio es no experimental, transversal, exploratoria y descriptiva, dado que este tipo de estudio no se construye sobre situaciones ficticias, sino sobre situaciones ya existentes, no provocadas intencionalmente por el investigador. En este tipo de investigación, se observan los fenómenos tal y como se dan en su contexto natural, y la cual se realiza sin manipular deliberadamente las variables (Hernández, Fernández y Batista, 2006).

### **2.3 Población, muestra y muestreo**

## Población

Una población es el conjunto de todos los casos que concuerdan con una serie de especificaciones (Hernández, 2010, p. 158).

El Ministerio Público del Callao–Fiscalías Provinciales Penales Corporativas del Callao, se encuentra ubicado en el Jr. Supe 544-Urb. Santa Marina Sur-Callao (Ref. al costado de la Comisaría del Callao), estando dicha Entidad en situación adecuada para sus fines.

Así mismo sus ambientes están destinados a las actividades de la labor de Investigación sobre la comisión de delitos y a la representatividad de la misma en defensa de la Legalidad, precisando que hay un clima social adecuado para que la Institución logre sus objetivos, es decir no presenta limitaciones o dificultades para la investigación.

La población de estudio estará conformada por 20 Abogados de Derecho Penal.  $P = 20$  Abogados de Derecho Penal.

## Muestra

Según Hernández, Fernández, Baptista (2014, p. 173) indicaron que “Muestra es un subgrupo de la población del cual se recolectan los datos y que debe ser representativo de esta”. Siendo que en este caso usamos una muestra censal que para Sánchez (2000) señaló que: “Es una de las operaciones estadísticas que no trabaja sobre una muestra estadística, sino sobre la **población** total; mientras que el período de realización depende de los objetivos para los que se necesiten los datos”.(p. 87)

Tabla 1  
*Sujetos de estudio y características*

<b>Sujetos</b>	<b>características</b>	<b>Tamaño de la muestra</b>
<b>Abogados Penalistas y Estudiantes de Derecho</b>	Abogados Penalistas del Callao.	20

*Nota:* Elaboración propia

## **2.4 Técnicas e instrumentos de recolección de datos, validez y confiabilidad**

Las técnicas de investigación que utilizamos son las encuestas y la observación de base de datos donde las encuestas es definida como un procedimiento la cual se utiliza para recopilar datos mediante un cuestionario diseñado por el investigador, otra de las técnicas de investigación que utilizamos son los análisis documental donde se utilizó libros y normas donde se utiliza como fuentes secundarias, fichas bibliográficas, Análisis Jurisprudencial comparada y los cuestionarios son instrumentos de estudio de nuestra investigación.

### **Instrumento**

En la presente investigación se consideró como instrumento para el recojo de información el cuestionario, al respecto Hernández et al., (2010), los mencionados refirieron sobre el instrumento: “Es un medio que el investigador utiliza para reconocer la información o datos sobre las variables que se tiene en mente de estudio” (p. 200).

En tal sentido los instrumentos que fueron utilizados para conseguir información pertinente de la variable de estudio fue el cuestionario.

### **Validación de los instrumentos**

En términos generales, se refiere al grado en que un instrumento realmente mide la variable que pretende medir (Hernández, *et al.*, 2010).

Para determinar la validez de los instrumentos, se sometieron a consideraciones de juicio de expertos. Según Hernández, Fernández y Baptista (2010), el juicio de expertos para contrastar la validez de los ítems consiste en preguntar a personas expertas en el dominio que miden los ítems, sobre su grado de adecuación a un criterio determinado y previamente establecido.

Para establecer la validez de los instrumentos se buscó evaluar la validez de contenido a través del juicio de expertos; para ello se sometieron a la revisión de expertos, especializados en Metodología de la Investigación, los

cuales consideraron que los instrumentos eran adecuados y por tanto procedía su aplicación. Se dispone de los certificados de validez en anexos para su verificación.

Tabla 2

*Validez del instrumento, según expertos*

DNI	Grado Académico	Institución donde Labora	Condición final
	Apellidos y Nombres		
25514954	Santiago Aquiles Gallarday Morales.	Universidad Cesar Vallejo	Aplicable
09674505	Jacqueline Castañeda	Pérez Ministerio Público Fiscalía de la Nación (Fiscal Superior de la Sexta Fiscalía Superior del Callao)	Aplicable

**Elaboración:** fuente propia

### **Confiabilidad de los instrumentos**

Respecto a la confiabilidad Hernández et al., (2010) sostuvieron que, la confiabilidad de un instrumento de medida “Está referido al grado en que su aplicación frecuentada al mismo individuo u objeto ocasiona iguales resultados” (p.200).

Al respecto se aplicó una prueba piloto, que estuvo dirigido en 10 abogados especialistas en Derecho Penal, que presentaban las mismas características de la muestra de estudio, esto se realizó en una institución contigua, quienes mantuvieron las mismas características y condiciones de la población de estudio. La confiabilidad se determinó mediante el coeficiente de Kuder-Richardson 20 en vista que la escala es dicotómica con 2 valores.

Tabla 3

*Estadísticas de fiabilidad de la prueba piloto.*

Kr-20	N de elementos
,836	11

*Nota:* Análisis estadístico Spss Versión 23 (2017)

El coeficiente kr 20 obtenido para la variable Penalización del Aborto Sentimental y Eugenésico es de 0.836 podemos afirmar que el instrumento de tiene una fuerte confiabilidad.

## 2.5 Métodos de análisis de datos

Según Tamayo (1999) establece que Se especifican como van a ser tratados los datos. Esta tarea puede hacerse mediante tablas de frecuencia y gráficos con sus correspondientes análisis e interpretaciones.

- ☐ **Tablas de frecuencia:** cuando la información presentada necesita ser desagregada en categorías o frecuencias.
- ☐ **Gráficos: son formas visibles de presentar los datos.** Permiten que en forma simple y rápida se observen las características de los datos o las variables. De acuerdo con su presentación, los gráficos pueden ser: lineales, diagramas superficiales, pirámide de edad, representaciones cartográficas o mapas, pictogramas.
- ☐ **Estadísticos.** Medidas de tendencia central, medidas de dispersión y medidas de asociación.
- ☐ Prueba de hipótesis (sobre medias, proporciones, correlación entre otras).

## 8. RESULTADOS:

Según su percepción sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio Constitucional de proporcionalidad se puede observar que el 60% de los encuestados (abogados especialistas en derecho penal) se encuentra parcialmente de acuerdo, sobre si la penalización del aborto sentimental y eugenésico es constitucional en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad al avalar el derecho a la vida del



concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer; mientras que el 20% de encuestados muestran su disconformidad; por otro lado el 20% de encuestados se mostraron de acuerdo sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad. De los resultados obtenidos, se pudo concluir que, el nivel de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de la aplicación del principio de proporcionalidad, alcanzado por los abogados especialistas en derecho penal, tuvo una tendencia al nivel medio; por otro lado con respecto a si la penalización del aborto sentimental y eugenésico supera el test de idoneidad y necesidad si obtuvo un nivel alto de conformidad, y con respecto si dicha penalización supera el test de ponderación muestra un nivel alto de disconformidad.

## 9. DISCUSIÓN

Al encuestarse a 20 especialistas en derecho penal, se ha llegado a verificar un alto nivel de aceptación en que se declare la inconstitucionalidad de la penalización el aborto cuándo el embarazo sea a consecuencia de Violación Sexual no consentida o inseminación artificial no consentida fuera del matrimonio y cuando presente malformaciones congénitas que hagan incompatible su vida extrauterina en aplicación del Principio de Proporcionalidad al avalar como derecho absoluto el derecho a la vida del concebido y vulnerar el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, pues en dicha encuesta se puede apreciar el alto grado de aceptación de hasta un 20% de acuerdo(más un porcentaje de 60% de encuestados que se encuentran parcialmente de acuerdo), lo cual hacen una sumatoria del 80% en estar de acuerdo con que se declare la Inconstitucionalidad en Aplicación del Principio de Proporcionalidad en la Penalización tanto del aborto sentimental como del aborto Eugenésico, dado las especiales circunstancias en que se desarrollan ambas tipificaciones.

Asimismo, se ha visto en un Análisis Jurisprudencial y del Análisis de Derecho Comparado, se aprecia claramente que en la mayoría de legislaciones comparadas el aborto sentimental y eugenésico están despenalizados,

mientras que en otro poco sector, como nuestro país, el aborto sentimental y eugenésico están penalizados como figuras atenuantes, haciendo hincapié que con respecto al aborto sentimental, solo en nuestro país no hace diferenciación alguna entre la violación fuera o dentro del matrimonio para que configure el delito de aborto “sentimental” o ético. Los códigos penales de otros países simplemente se refieren a la “violación sexual” sin hacer ningún distingo si se produce dentro o fuera del matrimonio, con lo que se entiende que el sujeto pasivo puede ser la mujer soltera o casada. En ese contexto, algunos ordenamientos jurídicos otorgan tratamientos diferentes al aborto que se produce en circunstancias en los que las mujeres no han podido decidir sobre el embarazo, pues las relaciones sexuales les fueron impuestas, como es el caso de las víctimas de violación sexual o en circunstancias en las que a mujeres a quienes han consentido continuar con su embarazo se les indica médicamente que el feto tiene malformaciones que hacen no viable su vida extrauterina, siendo que ello, no es el caso peruano en que ambas situaciones son consideradas delitos.

Ahora bien, es menester proceder a realizar un análisis de Fuente Documental en atención a la Inconstitucionalidad de la Penalización del Aborto sentimental y Eugenésico teniendo claro previamente la existencia de un conflicto de derechos fundamentales en dicha tipificación, por lo que es indispensable la aplicación del Principio de Proporcionalidad para determinar dicha inconstitucionalidad que alegamos en nuestra Hipótesis principal, para lo cual citamos a principales autores como Robert Alexy y Guastini quienes concuerdan al referir que ante la existencia de una colisión de derechos fundamentales, en la que, dado un supuesto de hecho al que sea de aplicación un principio X, hay siempre al menos otro principio Y igualmente aplicable al mismo supuesto de hecho e incompatible con X. Incompatible, en el sentido de que la aplicación de Y llevaría a resultados diversos de la aplicación de X. Ante lo cual un principio debería ceder frente al otro, pero ello no significa que el principio desplazado sea declarado inválido. Como podemos apreciar, en cada una de las aproximaciones conceptuales al tema de la ponderación, los autores remarcan la no existencia de una jerarquía estática con respecto a los valores o

principios a los que se haga alusión y que se presenten en conflicto, en ese sentido, podemos ver claramente cómo se presenta una colisión de bienes jurídicos que podrían resumirse en un primer momento como “libertad” VS. “vida”, por lo que para determinar la constitucionalidad de la referida tipificación se procedió a aplicar el Principio de Proporcionalidad a través de sus tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto, con la finalidad de demostrar que existe o no un equilibrio entre los beneficios que se obtienen con la medida limitadora en función de la protección del bien constitucional con respecto al perjuicio que generan al otro bien constitucionalmente tutelado o relevante. Siendo que en la presente tesis se procedió a valorar de forma directa el grado de afectación del bien constitucionalmente tutelado (derecho a la vida del concebido), el grado de importancia y urgencia en la satisfacción del otro (derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer) respecto a los casos específicos del aborto sentimental y Eugénico en la cual se llegó a concluir que dichos tipo penales no superan el test de ponderación por ser a todas luces inconstitucional , aunado a ello se debe tener en cuenta, también el principio de subsidiaridad del derecho penal entrara a tallar en este análisis al recordar que el derecho penal es la última ratio a la que debe recurrir el Estado para llevar a cabo la protección de bienes jurídicos. Sin embargo, para el profesor Oré cuestiona la despenalización del aborto bajo el fundamento de la protección de bienes jurídicos como objetivo del Derecho Penal propio de un Estado Democrático de Derecho como el nuestro, en ese sentido precisa que el Derecho a la vida (incluido la vida del feto por el solo hecho de su existencia) es la base de los demás derechos fundamentales por lo que no es posible ignorar o discutir su protección absoluta. Así mismo el mismo profesor Oré cuestiona rotundamente la posición del Dr. Víctor Prado Saldarriaga sobre la falta de necesidad de una pena en los casos del aborto sentimental y eugenésico, así como en los casos de los delitos de bagatela. En consecuencia, para el referido autor la vida del feto en cualquier etapa de su desarrollo constituye por su sola existencia en una vida humana, la cual merece una protección absoluta y sin cuestionamiento alguno, puesto que se trata de un bien jurídico de máxima importancia, ya que de allí se disgrega los demás derechos fundamentales. En

el caso concreto, no cabría más que concluir que la sanción penal del aborto en casos de violación sexual y el aborto eugenésico, excedería al criterio de ponderación correspondiente, puesto que debe analizarse en atención al Principio de Justicia que es la base del Derecho, debiendo tomarse en cuenta que la manifestación de los valores abstractos, en forma de bienes jurídicos, no será la misma en todos los casos y para todos los humanos. He ahí, que a una mujer que ha sido víctima de violación sexual, no se le puede pedir que acepte valoraciones externas de lo que es justo sin tomar en cuenta aquellas injusticias de las cuales ella misma ha sido víctima; así mismo y en esa misma línea no se le puede someter a tratos crueles y degradantes a la mujer al obligarla a continuar una gestación a sabiendas que el feto nacerá con graves malformaciones congénitas que harán inviable su vida extrauterina, es decir la obligan a ser sometida a un doble dolor al ver nacer a su hijo para que a las pocas horas muera, entonces de que derecho a la vida en protección estamos hablando ante estas figuras.

Con respecto a los Antecedentes de nuestra Investigación tenemos tesis que nos respaldan la hipótesis principal del presente trabajo de investigación: Como la investigación de la autora Sara López a la nos adherimos al encontrarnos en una similitud de regulación jurídica, siendo que esta problemática del aborto sentimental y eugenésico tanto en nuestra Legislación Peruana como en la Legislación Guatemalteca el aborto de manera general está prohibido y penalizado; sin embargo, la excepción a esta prohibición se encuentra en la permisividad del aborto terapéutico bajo el análisis de primar el derecho a la vida de la madre sobre el derecho a la vida del concebido, lo cual genera un desconcierto al despenalizarse el aborto solo para estos casos, sin tomar en cuenta los embarazos productos de una violación sexual o cuando el feto presenta graves malformaciones físicas y psíquicas que hacen inviable la vida del feto fuera del útero materno, supuestos en los que también se ve afectado gravemente la salud mental y psicológica de la madre, hecho que no ha sido analizado ni tomado en cuenta tanto por nuestra Legislación así como por la legislación Guatemalteca. Así mismo y siguiendo la misma línea de nuestra hipótesis inicialmente planteada tenemos a la Autora [Johana del Rocío](#)

Carrión Mediavilla, quien adopta la posición que nosotros planteamos en el presente trabajo de investigación que es lograr que en nuestro Ordenamiento Jurídico se despenalice el Aborto sentimental y Eugenésico dado que es inconstitucional por no existir proporcionalidad entre la conducta (aborto) en determinados supuestos antes mencionados y el fin de la pena a imponer, dado que uno de los fundamentos en palabras del Autor está referida a la existencia de la necesidad que para evitar el sufrimiento de muchas mujeres, que no tienen otro camino a recurrir que a los abortos clandestinos, por tal motivo nosotros buscamos que en primer lugar se declare inconstitucional esta Penalización procediéndose a inaplicar de nuestro Ordenamiento Jurídico para luego plantear la despenalización del aborto sentimental y eugenésico incorporándolos como figura impune dentro del artículo 119° del Código Penal. Por otro lado es importante mencionar que dentro de nuestros Antecedentes existen posiciones divergentes a nuestra hipótesis principal, como la del autor Jerson Rojas Pullido señala que nuestro Código Penal no ha tomado los casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida al tipificar la figura de Aborto Eugenésico por lo que habría la necesidad de contemplar nuevas consideraciones en nuestro Código Penal excluyendo la tipificación del Aborto Eugenésico en aquellos casos de embarazos con malformaciones o taras incompatibles con la vida por el avance de la medicina y de los grandes adelantos científicos en el área del diagnóstico patológico pre natal que ahora permiten conocer la situación de salud o enfermedad del feto, evitando el nacimiento de niños con malformaciones; en ese sentido el Autor sostiene que el Derecho Penal ni los padres del concebido no pueden en derecho justificar o sustentar el aborto de un niño con malformaciones o taras; concluyendo el autor que no existe razón eugenésica, social, económica o moral puede fundar tamaño acto de suprema violencia que limita una vida naciente en pleno desarrollo de sus potencialidades, agravado por la utilización de métodos inusitadamente crueles, posición de la cual discrepamos puesto que no tendría sentido hablar de protección de la vida del menor cuando se tiene por acreditado mediante examen médico que el feto es incompatible con la vida extrauterina, y de igual manera morirá luego de su nacimiento, no resultando certero y constitucional tal protección del derecho a la vida del concebido en

estos casos, dado que se desconocería los derechos a la vida, salud física y mental de la madre, lo cual según el Ordenamiento Internacional está catalogado como tratos crueles, inhumanos y degradantes, fundamento que habría sido utilizado para despenalizar el aborto terapéutico( artículo 119), en ese sentido en este supuesto si está permitido mientras que en el supuesto del artículo 120 inciso 1 y 2 está prohibido. Mientras que también está la tesis divergente a nuestra posición como la del Autor Humberto Sánchez Pérez quien plantea que al enfocarse la discusión sobre el aborto entre el derecho a la vida (feto) y el derecho a la libertad (mujer), nos encontraremos ante una paradoja de tipo constitucional que a nuestro parecer no tendría salida por medio de la ponderación de un derecho frente a otro de forma directa. Indicamos que no tendría salida, debido a que en un estado con una constitución de corte liberal, encontraremos que existen requisitos mínimos de lógica para la coexistencia entre sus ciudadanos. En ese sentido, no podría existir una vida que no pueda auto determinarse (libertad) y no podría existir un ser que ejerciera el derecho a la autodeterminación sin tener previamente un derecho a la existencia propia (vida). Planteando el siguiente esquema: Vida (requisito mínimo para) Libertad-- Libertad como requisito mínimo para Vida , por lo que ante ello, diremos que en tanto ninguno de nosotros podría imaginarse una vida que no tuviera libertad debido a que nuestros parámetros constitucionales contemporáneos lo impiden y en tanto no podría imaginarse una persona que ejerza su libertad al estar muerta, se da una situación en la cual ya sea se elija la vida del no nacido por sobre la libertad de la madre o la libertad de la madre por sobre la vida del no nacido, que estamos frente a una paradoja. Esta paradoja no tendría salida dentro de nuestro marco lógico teórico constitucional por la mera ponderación de ambos derechos de una forma directa, por lo que alegar la preponderancia de la libertad sobre la vida como argumento para la despenalización del aborto, caería en una falla lógica de la cual no se tendría salida dentro del marco del Estado constitucional contemporáneo, siendo por lo tanto, una salida no viable. En consecuencia y en atención a lo señalado por este autor considero que este problema sobre la penalización del aborto sentimental y eugenésico y su inconstitucionalidad se pueden ver solucionados con una correcta aplicación del principio de

proporcionalidad, teniendo en cuenta el principio de subsidiaridad y fragmentariedad del Derecho Penal, así como escatimando la conciencia política social y religiosa que conllevaron a la intervención del Derecho penal en estos casos.

## 10. CONCLUSIONES

- Existe un nivel alto de aceptación en que se declare la inconstitucionalidad de la Penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco del principio de proporcionalidad en la medida que nuestro Ordenamiento Jurídico avale como derecho absoluto “la vida del concebido” y vulnere el “derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer”. (Aprueba y reafirma nuestra hipótesis principal).
- Existe un bajo nivel de aceptación de los especialistas en derecho penal y del análisis de fuente Documental, Marco Normativo Comparado con la hipótesis específica: en que la penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el Test de Idoneidad en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, puesto que del Análisis Constitucional realizado por medio de los instrumentos de investigación se determinó que tanto la penalización del aborto sentimental como eugenésico como norma: conducta, si resulta ser un medio apto e idóneo para tutelar el bien jurídico protegido (derecho a la vida del concebido ); sin embargo a su vez desde la perspectiva del análisis de la norma: sanción, no es eficaz para prevenir la realización de la conducta prohibitiva.
- Del análisis sobre la idoneidad de la medida respecto a la previsión legislativa del aborto sentimental: la intervención Penal del Estado mediante la Penalización es una medida idónea y adecuada para la protección del fin constitucionalmente legítimo en este caso: el derecho a la vida del concebido.
- Existe un bajo nivel de aceptación al establecer que la penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de necesidad en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que no escoge otra alternativa de tipificación menos lesiva para el derecho a la

libre elección de la mujer, quienes se ven obligadas en continuar con su embarazo o abortar clandestinamente. (Rechaza mi hipótesis Específica).

- Que debemos partir de un análisis de la tipificación del aborto Sentimental y Eugenésico desde una norma: conducta (Penalización de ambos tipos de abortos) ante el cual decimos que la Penalización del aborto Sentimental y Eugenésico en este sentido, si son necesarios para lograr el fin constitucionalmente legítimo (protección de la vida del concebido), dado que no existe otra alternativa igual de idónea para la protección del derecho tutelado en estos casos (el derecho a la vida del concebido).
- Ahora con respecto a la norma: sanción concluimos que tampoco es necesaria por no ser idónea en la eficacia preventiva de la pena(norma: sanción); Aunado a ello concluimos que nos encontramos frente a un supuesto actual en el cual, el Estado está utilizando el derecho penal para afectar la libertad de una mujer para tutelar otro bien jurídico del mismo rango constitucional(derecho a la vida del concebido); sin embargo si el Estado podría un poco de interés sobre estos temas y adoptar desarrollando políticas públicas referidas a educación sexual así como la distribución de anticonceptivos orales de emergencia para el caso de violaciones sexuales, ello generaría que el número de embarazos disminuya, reduciendo con ello la cantidad de abortos subsecuentes, por lo que de darse el caso hipotético planteado podríamos indicar que existen otros medios idóneos por los cuales reducir el nivel de abortos clandestinos, con lo cual estaríamos reafirmando nuestra Hipótesis específica.
- Existe un alto nivel de aceptación al establecer que la penalización del aborto sentimental y eugenésico no supera el test de ponderación en aplicación del Principio Constitucional de Proporcionalidad, en la medida que sobrepone el derecho a la vida del concebido como derecho absoluto frente al derecho de libre elección de la mujer. (Prueba y reafirma la hipótesis específica).
- Que al encontrarnos ante unos evidentes conflictos de derechos de la misma jerarquía apriorística, para determinar el predominio de uno sobre otro, siendo que este tipo de abortos no se puede fundamentar en base a normas sino a una capacidad reflexiva y doctrinal del Juicio.



## 11. REFERENCIAS

- Alexy, R. (1997). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Ruiz S.A.
- Arenas Fernandez, J. (2015). *aborto por malformaciones congénitas en el Perú*. Lima : Editorial El Buho E.I.R.L.
- Azuara Cárdenas, M. A. (09 de Setiembre de 2015). *Tesis para obtener el grado de Mestro en Derechos Humanos*. San Luis de Potosí, Ciudad de Mexico, Estados Unidos de México: Universidad Autonoma de San Luis de Potosí.
- Bacigalupo, E. (2011). *Los delitos de homicidio- Aborto. Estudios sobre la parte Especial del Derecho Penal*. Madrid: Akal.
- Bacilio Escobedo, M. (20 de Octubre de 2015). *El Aborto Sentimental en el Código Penal Peruano. Tesis para obter por el título profesional de Abogada*. La Libertad, Trujillo, Lima: Universidad Privada Antenor Orrego.
- Bramont Arias Torres, L. (2010). *Manual de Derecho Penal Parte Especial* . Lima: San Marcos.
- Carrión Mediavilla, J. (12 de Julio de 2016). *La Despenalización del Aborto y los derechos sexuales y reproductivos en la Legislación Ecuatoriana. Tesis para la Obtención del título de abogada de los Tribunales de la República*. San Miguel de Ibarra, Imbabura, Ecuador: Universidad Regional Autonoma de los Andes.
- Chirinos Soto, F. (2011). *Código Penal comentado, anotado , sumillado , concordado y Jurisprudencia*. Lima: San Marcos.
- Díaz Colchado, J. C., & Ramírez Huaroto, B. (2016). *El aborto y los derechos fundamentales Análisis de la constitucionalidad de la prohibición penal de la interrupción del embarazo en supuestos de violación sexual y de malformaciones fetales incompatibles con la vida extrauterina*. Lima: PROMSEX.

- Escribens, P. (2001). *Proyecto de vida de mujeres víctimas de violencia sexual en conflicto armado interno*. Lima: IDEMSA.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2006). *Metodología de la Investigación*. Lima: Editorial Moreno S.A.C.
- Lopera Mesa, G. (2010). *Principio de proporcionalidad y ley penal*. Lima: Jurista Editores S.A.
- Peña Cabrera, R. (2014). *Tratado del Derecho Penal. Parte especial, Tomo I*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- Pietro Sanchis, L. (2002). *Derechos fundamentales, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial*. Lima: Palestra Editores.
- Prado, S. V. (2010). *Política Criminal Peruana*. Lima: Cultural Cuzco S.A.
- Rojas Pulido, J. (08 de Noviembre de 2015). Despenalización del Aborto Eugenesico en casos de Embarazo con malformaciones o taras incompatibles para la vida en el Perú. *Tesis para optar el título profesional de abogado*. Huanuco, Huanuco, Peru: Universidad de Huanuco.
- Salinas, S. R. (2012). *Derecho Penal: Parte Especial- 3era Edición*. Lima: Lustita Editores.
- Villa Stein, J. (2009). *Manual de Derecho Penal. Parte General. 2da Edición*. Lima: San Marcos.

## 12. RECONOCIMIENTOS

Agradezco de manera especial al Dr. Santiago Gallarday Morales, asesor metodológico de la Universidad César Vallejo y a la Dra. Fiorella Janeth Félix Acosta, Fiscal Adjunta Provincial de la Segunda Corporativa Provincial Penal del Callao, quienes contribuyeron con sus conocimientos especializados a la realización y culminación del presente trabajo de investigación.



### Acta de Aprobación de originalidad de Tesis

Yo, Santiago A. Gallarday Morales, docente de la Escuela de Posgrado de la Universidad César Vallejo filial Lima Norte, revisor de la tesis titulada La Inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del Principio de Proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017, de la estudiante **Geraldine Dayana Tolentino Lázaro**, constato que la investigación tiene un índice de similitud de 22% verificable en el reporte de originalidad del programa Turnitin.

El suscrito analizo dicho reporte y concluyo que cada una de las coincidencias detectadas no constituye plagio. A mi leal saber y entender la tesis cumple con todas las normas para el uso de citas y referencias establecidas por la Universidad César Vallejo.

Lima, 21 de Marzo del 2018



---

Santiago A. Gallarday Morales

DNI: 25514954

Feedback Studio - Google Chrome  
 Es seguro | https://evturnitin.com/app/carta/es/?u=1049816763&es=1&lang=es&o=930569605

feedback studio | La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del principio d

Resumen de coincidencias

22 %

Se están viendo fuentes estándar

Ver fuentes en Inglés (Beta)

Coincidencias

1	repositorio.udh.edu.pe	2 %
2	dispace.untru.edu.pe	2 %
3	ww3.lawschool.cornell...	1 %
4	tesis.pucp.edu.pe	1 %
5	repositorio.upao.edu.pe	1 %
6	www.scribd.com	1 %

Escuela de Posgrado  
 UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

La inconstitucionalidad de la penalización del aborto sentimental y eugenésico en el marco de Aplicación del principio de proporcionalidad en el distrito fiscal del Callao: 2017

TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE:  
 Maestra en Derecho Penal y Procesal Penal

AUTOR:  
 Br. Geraldine Dayana Tolentino Lázaro

ASESOR:  
 Mg. Santiago Aquiles Gallarday Morales

Página: 1 de 155  
 Número de palabras: 43533

4:17 p.m.  
 17/03/2018



Centro de Recursos para el Aprendizaje y la Investigación (CRAI)  
"César Acuña Peralta"

## FORMULARIO DE AUTORIZACIÓN PARA LA PUBLICACIÓN ELECTRÓNICA DE LAS TESIS

### 1. DATOS PERSONALES

Apellidos y Nombres: (solo los datos del que autoriza)

..... Tolentino Lázaro Geraldine Dayana.  
D.N.I. : ..... 46076398  
Domicilio : ..... D.V. Calles 755 - Huera  
Teléfono : Fijo : ..... Móvil : 999434654  
E-mail : ..... zle-ne-20-21@hotmail.com.

### 2. IDENTIFICACIÓN DE LA TESIS

Modalidad:

☐ Tesis de Pregrado

Facultad : .....  
Escuela : .....  
Carrera : .....  
Título : .....

☒ Tesis de Post Grado

☒ Maestría

☐ Doctorado

Grado : ..... Maestra  
Mención : ..... Derecho Penal y Procesal Penal

### 3. DATOS DE LA TESIS

Autor (es) Apellidos y Nombres:

..... Tolentino Lázaro Geraldine Dayana.  
.....  
.....

Título de la tesis:

La Inconstitucionalización de la Penalización del Aborto Sentimental  
y Eugénico en el Marco de Aplicación del Principio de Proporcionalidad en el  
distrito fiscal del Callao: 2017.

Año de publicación : ..... 2018

### 4. AUTORIZACIÓN DE PUBLICACIÓN DE LA TESIS EN VERSIÓN ELECTRÓNICA:

A través del presente documento, autorizo a la Biblioteca UCV-Lima Norte,  
a publicar en texto completo mi tesis.

Firma :

.....

Fecha :

..... 21/07/18



1069-18

Santiago

Gallanday



ESCUELA DE POSGRADO  
UNIVERSIDAD CÉSAR VALLEJO

## FORMATO DE SOLICITUD

## SOLICITA:

Visto bueno para  
empastado

## ESCUELA DE POSGRADO

Geraldine Dayana Tolentino Lazo con DNI N° 46096398  
(Nombres y apellidos del solicitante) (Número de DNI)

domiciliado (a) en Av. Cohinas 755 - Huaral  
(Calle / Lotía / No. / Urb. / Distrito / Provincia / Región)

ante Ud. con el debido respeto expongo lo siguiente:

Que en mi condición de alumno de la promoción: 2015 - I del programa: Maestría en Derecho Penal  
(Promoción) (Nombre del programa)  
y Posgrado Penal identificado con el código de matrícula N° 6000030941  
(Código de alumno)

de la Escuela de Posgrado, recurro a su honorable despacho para solicitarle lo siguiente:

la reuision para el visto bueno para el  
empastado



Por lo expuesto, agradeceré ordenar a quien corresponde se me atienda mi petición por ser de justicia.

Lima, 28 de Junio de 2018

(Firma del solicitante)

## Documentos que adjunto:

- Copia original corregido.
- Copia de la Orden Directoral de Sustentación
- Copia del Dictamen de Sustentación
- Copia de Acta de Promoción de original del  
de tesis y puntaje del turno

Cualquier consulta por favor comunicarse conmigo al:

Teléfonos: 999434657

Email: ale-ne-20-2@hotmail.com